DER SCHUTZ DES FIRMENRECHTES.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT WÜRZBURG

ZUR

ERLANGUNG DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

EMIL GROSSMANN

AUS BAMBERG.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

ASCHAFFENBURG.

GOTTINGFR'SCHE BUCHDRUCKEREI

1906.

Referent: Prof. Dr. E. MAYER.

Inhalts-Verzeichnis.

I. Kapitel.
Firma- und Firmenrecht.

§ 1. Die Firma im Allgemeinen.
§ 2. Die Handelsfirma.
§ 3. Das Recht an der Firma.
§ 4. Das Recht an der Firma ein Persönlichkeitsrecht.
§ 5. Fortsetzung: Weiteres über das Firmenrecht.

II. Kapitel.
Der auf dem Handelsgesetzbuche beruhende zivilrechtliche Schutz des Firmenrechtes.

§ 6. Rechtsgeschichtliche Vorbemerkung.
§ 7. Der Gebrauch einer Firma.
§ 8. Die Unbefugtheit des Firmengebrauches.
§ 9. Die Rechtsverletzung.
§ 10. Verhältnis von Unbefugtheit und Rechtsverletzung.
§ 11. Der richtige Kläger.
§ 12. Der richtige Beklagte.
§ 13. Der Inhalt der Klage.

III. Kapitel.
Firma und Warenbezeichnung.

§ 14. Die Warenbezeichnung im Allgemeinen.
§ 15. Rechtsgeschichtlicher Ueberblick.
§ 16. Das Recht an der Firma und das Recht an der Warenbezeichnung.
§ 17. Der Gebrauch der Firma zur Warenbezeichnung.

IV. Kapitel.
Der Schutz des Firmenrechtes auf Grund des § 14 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen.

§ 18. Im Allgemeinen.
§ 19. Die Firma eines Andern.
§ 20. Die Objekte der Warenbezeichnung.
§ 21. Das Versehen mit der Firma.
§ 22. Insbesondere das Versehen mit einer abweichenden Firma.
§ 23. Das Inverkehrbringen und Feilhalten.
§ 24. Das Verschulden.
§ 25. Die Widerrechtlichkeit.
§ 26. Die Zivilklage.
§ 27. Die Strafklage.

V. Kapitel.
Der Schutz der Firma gegen unlauteren Wettbewerb.

§ 28. Der unlautere Wettbewerb.
§ 29. Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes.
§ 30. Der Begriff des unlauteren Wettbewerbes nach dem Reichsgesetze von 1896.
§ 31. Die Benutzung der Firma im Geschäftsverkehr.
§ 32. Die Verwechselungsgefahr.
§ 33. Die geschützte Firma.
§ 34. Die Klage.

VI. Kapitel.
Das Einschreiten des Registergerichtes.

§ 35. Allgemeine Vorbemerkung und rechtsgeschichtlich. Ueberblick.
§ 36. Der Gebrauch einer nicht zustehenden Firma.
§ 37. Art und Weise des Einschreitens.

VII. Kapitel.
Der Schutz des Firmenrechtes nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. (Allgemeines.)

I. Abschnitt: Der Schutz des Firmenrechtes auf Grund des Rechtes am Namen.

§ 38. Name und Namenrecht.
§ 39. Der Schutz des Namens in der Firma.

II. Abschnitt:

§ 40. Der Schutz des Firmenrechtes gegen unerlaubte Handlungen.

III. Abschnitt:

§ 41. Der vertragsmässige Schutz des Firmenrechtes.

VIII. Kapitel.

Die übrigen Schutzvorschriften des Firmenrechtes.

§ 42. Der Schutz des Firmenrechtes auf Grund des W.Sch.G.

§ 43. Der Schutz des Firmenrechtes auf Grund der Zivilprozess-Ordnung.

§ 44. Der Schutz des Firmenrechtes auf Grund des Strafgesetzbuches.

§ 45. Der Schutz des Firmenrechtes auf Grund der Reichsgewerbeordnung.

Alphabetisches Literaturverzeichnis.

Adler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 31, S. 69 ff.

Allfeld, Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, München 1894.

Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum allg. d. Handelsgesetzbuch 1868 I. Teil, 6. Bd., I. Abteilung.

Archiv für bürgerl. Recht, Berlin.

Archiv für zivilistische Praxis, Tübingen.

Bachem-Roeren, das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, Leipzig, 3. Aufl., 1900.

Behrend, Lehrbuch des deutschen Handelsrechtes, Bd. I, 1880, München.

Blätter f. Rechtsanwendung, Erlangen.

Bluntschli, Deutsches Privatrecht 1864 München.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, Leipzig.

Brinkmann, Würdigung des Entwurfs eines allg. d. H.G.B. im Archiv für zivil. Praxis, Bd. 34, S. 153 ff.

Busch, Archiv f. Handels- u. Wechselrecht, Berlin.

Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechtes 1903, 4. Aufl., Jena.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts 1900, 5. Aufl., Stuttgart.

Denkschrift zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuchs, 1896, Berlin.

Dernburg, das bürgerl. Recht des deutschen Reiches und Preussens, Halle, Bd. I, 1902, Bd. II. 2, 1901.

Deutsche Juristenzeitung, Berlin.

Ehrenberg, über das Wesen der Firma in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 28, S. 25 ff.

Endemann, das deutsche Handelsrecht 1876.

Engelmann, das alte und das neue bürgerl. Recht Deutschlands, 1899, Berlin.

Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen, herausg. v. Mitgl. des Ger.-Hofs.

Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen, herausg. v. Mitgl. des Ger.-Hofs.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes, herausg. von Mitgl. des Ger.-Hofs, Erlangen u. Stuttgart.

Entwurf eines H.G.B. nebst Denkschrift, amtl. Ausg., Berlin 1896.

Finger, Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, Berlin 1897.

Frankenburger, das deutsche H.G.B. 1898, München, 1. Aufl.

Fuchsberger, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes und Reichsgerichtes, I. Teil, Giessen, III. Aufl.

Fuld, Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, 1896, Hannover.

Gareis, das juristische Wesen der Autorrechte sowie des Firmen- und Markenschutzes in Buschs Archiv, Bd. 35, S. 185 ff.

Gareis-Fuchsberger, das allg. d. H.G.B. 1891.
Gareis, das deutsche Handelsrecht, Berlin, 7. Aufl., 1903.
Gareis, Unlauterer Wettbewerb in d. Blättern f. Rechtsanw. Bd. 61, S. 342.
Gareis, der allgem. Teil des B G.B., Berlin 1900.
Gaupp-Stein, Kommentar zur Z.P.O., Bd. II, Tübingen, 5. Aufl., 1902.
Gierke, deutsches Privatrecht, Leipzig, 1895, Bd. I.
Goldmann, das H.G.B. 1901, Berlin, 1. Aufl.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, I. Bd., II. Abt., Erlangen, 1868.
Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Stuttgart.
Götte, Einiges über das Namensrecht des B.G.B. im Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 15, S. 322.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes, Berlin.
Grünewald, das Ges. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, München 1896.
Grünhut, Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart, Wien.
Hahn, Kommentar z. allg. d. H.G.B., Bd. I, 1894, 4. Aufl., Braunschweig.
Hölder, Kommentar zum B.G.B. allg. Teil, München 1900.
Jacobson, das Reichsges. über den Markenschutz, Berlin 1884.
Jacubezky, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines B.G.B., München 1892.
Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, Berlin 1904, 2. Aufl.
Juristische Wochenschrift, Berlin.
Katz, Ueber Missbrauch des Firmenrechtes in d. Zeitschr. f. gewerbl. Rechtsschutz, 1894, S. 354.
Kent, das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeich. Berlin, 1897.
Kohler, das Recht des Markenschutzes, Würzburg, 1884.
Kowalzig, allg. d. H.G.B., Berlin 1876.
Kuhlenbeck, das B.G.B., Bd. I, Berlin 1903, 2. Aufl.
Kuhlenbeck, von den Pandekten zum B.G.B., II. Teil, Berlin 1899.
Landgraf, das Reichsgesetz betr. den Markenschutz, Stuttgart 1875.
Landgraf, Reichsgesetz zum Schutze der Warenbez., Stuttgart 1894.
Leonhard, der unlautere Wettbewerb und seine Bekämpfung, 1903.
Litthauer, Allg. d. H.G.B., Berlin 1883 5. Aufl.
Makower, das allg. H.G.B., Berlin 1893, 11. Aufl.
Marcus, Verhältnis d. Wettbewerbsges. z. B.G.B. i. „Recht" 1901, S. 425/426.
Materialien zum H.G.B mit Denkschrift, 1897.
Mayer in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 26. S. 400 ff.
Meyer, der Schutz der Warenbezeichnungen, Berlin 1894.
Motive zu dem Entw. eines B.G.B. Bd. II, amtl. Ausg., Berlin 1888.
Müller, unlaut. Wettbewerb, Fürth i.B. 2. und 3. Aufl., 1897.
Olshausen, das Verhältnis des Namensrechts z. Firmenrecht, Dissert. Berlin 1900.
Opet, das Namensrecht des B.G.B. im Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 87, S. 313 ff.
Oertmann, das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
Pinner, Reichsges. zur Bekämpfung des unl. Wettbewerbs, Berlin 1903.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entw. des B.G.B. Bd. I, 1897, Bd. II, 1898.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines allg. d. H.G.B. mit Beilagen, Nürnberg 1857, 1858.
Puchelt, Kommentar z. allg. H.G.B. Leipzig 1874.
Puchta, Institutionen, Leipzig 1866, 10. Aufl.
Ramdohr, das Recht zum Gebrauch eines Namens nach den Vorschriften des B.GB. in Gruchots Beitr. Bd. 43, S. 14 ff.
Reatz, die 2. Lesung des Entw. eines B.G.B., Bd. I, 1894.
Recht das, Rundschau für d. deutsch. Juristenstand, Hannover.
Rehbein, das B.G.B., Bd. I, allgem. Teil, Berlin 1899.
Rhenius, Ges. z. Schutze der Warenbezeichnungen, Berlin 1897.
Ritter, allg. Lehren des Handelsrechts, 1900.
Schmid, d. Warenzeichenrecht, Leipzig 1899.
Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, Berlin 1904, 2. Aufl.

Seligsohn, Ges. z. Schutze der Warenbezeichnungen, Berlin 1905.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, München.
Siegfried, das neue Reichsgesetz über den Markenschutz, Berlin 1874.
Staub, Kommentar z. H.GB. 1900, Bd. I, Berlin, 6./7. Aufl.
Staudinger, Kommentar zum B.G.B. München, 2. Aufl., Bd. I, 1904, Bd. II, 2, 1906.
Staudinger, vom Namensrecht in den Blättern für Rechtanwälte, Bd. 62. S. 186.
Stenglein. Strafrechtliche Nebengesetze, 1903.
Stephan-Schmid, der Schutz der gewerbl. Urheberrechte, Leipzig 1899.
Struckmann-Koch, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Berlin 1900, 7. Aufl.
Thöl, das deutsche Handelsrecht, Bd. I, Leipzig 1879, 6. Aufl.
v. Vangerow, Pandekten, Marburg 1851, 6. Aufl.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt 1900, 8. Aufl., I.
Zeitschrift f. Aktienwesen, Berlin.
Zeitschrift f. gewerbl. Rechtsschutz.

Der Schutz des Firmenrechtes.

1. Kapitel.

Firma und Firmenrecht.

§ 1.

Die Firma im allgemeinen.

An der Spitze des dritten Abschnittes des ersten Buches des Handelsgesetzbuches, der nach seiner Ueberschrift die Handelsfirma betrifft, steht der Satz: Die Firma eines Kaufmannes ist der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt § 17 I H.G.B. Mit diesen Worten wollte der Gesetzgeber eine Definition der Firma geben, wie er sie in den Bestimmungen des III. Abschnittes des I. Buches aufgefasst wissen wollte. Daraus folgt, dass § 17 H.G.B. lediglich den Begriff der Firma eines Kaufmannes feststellt und dass «die Firma eines Kaufmannes» dasselbe bedeutet wie Handelsfirma. Dies legt den Gedanken nahe, ob nicht die Firma schlechthin und die Handelsfirma verschiedene Dinge seien, ob es also nicht eine Firma gebe, die nicht zugleich Handelsfirma sei. Die Beantwortung dieser Frage nötigt uns, vorerst den Begriff der Firma überhaupt festzulegen.

Die Firma ist eine Personenbezeichnung d. h. sie soll dazu dienen, eine Person als ein von allen anderen Personen verschiedenes Individuum zu bezeichnen. Die Firma ist ferner ein Lautzeichen d. h. sie wendet sich behufs Bewirkung der unterscheidenden Tätigkeit des Verstandes zunächst an das Gehör und unterscheidet sich dadurch von

denjenigen Bezeichnungen, die in ihrer Wirkung in erster Linie auf das Auge berechnet sind wie z. B. die figürlichen Zeichen.

Als Personenbezeichnung ist die Firma ein Name (Gierke: Deutsch. Privatr. Bd. I, S. 724). Die wichtigste Art von Personennamen bildet der bürgerliche Name. Kohler (Das Recht des Markenschutzes, 1884, S. 6) nennt ihn «ein Erkennungszeichen, welches die Individualitäten auseinanderhalten und einer jeden Individualität ihre eigene Zone zumessen soll.» Nach Theod. Olshausen (Das Verhältnis des Namensrechts zum Firmenrecht, 1900, § 1) verfolgt der Name den Zweck, seinen Träger in allen Beziehungen des öffentlichen und privaten Lebens von anderen zu unterscheiden.

Viel enger ist der Begriff der Firma. Ihre Verwendung als Personenbezeichnung beschränkt sich auf eine bestimmte Art von Personen: auf die Kaufleute und auf eine bestimmte Art von Beziehungen: auf die kaufmännischen Interessen. Der Begriff des Kaufmannes ist hier im weitesten Sinne zu fassen und begreift alle diejenigen in sich, die zu Zwecken des Erwerbes die Herstellung und den Umsatz der Güter betätigen. Die Firma bekundet also einmal, dass ihr Träger Kaufmann ist, dient also zu seiner Unterscheidung von Nichtkaufleuten, sodann umschreibt sie den Umkreis der kaufmännischen Interessen einer ganz bestimmten Person, dient also auch zur Unterscheidung ihres Trägers in seiner Eigenschaft als Kaufmann von anderen Personen in ihrer Eigenschaft als Kaufleuten.

Im Wesentlichen zum gleichen Ergebnisse kommt Ehrenberg in seinem Aufsatze: «Ueber das Wesen der Firma» in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 28, S. 25 ff, indem er (S. 52) die Firma definiert als «ein abgekürztes Verfahren für die Abgabe einer bei der Vornahme von Rechtsgeschäften häufig notwendigen Erklärung, nämlich, dass eine gewisse Handlung in dem Komplex eines bestimmten Handelsgewerbes hineinfallen solle.» Wenn er gleichwohl die Ansicht verwirft, dass die Firma als Name das Mittel zur individualisierenden Kennzeichnung einer Person in ihren

kaufmännischen Beziehungen sei und dies damit begründet, dass eine unter der Firma in Gemässheit des § 17 H.G.B. eingegangene Verbindlichkeit nicht an die Firma als solche geknüpft sein könne, da in diesem Falle der Firmeninhaber durch Verzicht auf die Firma sich auch der Verbindlichkeit entledigen könnte, so ist zum ersten diese Begründung nicht stichhaltig und sodann ist auch ein Unterschied zwischen seiner und der bekämpften Anschauung nicht zu ersehen. Richtig ist, dass die Verbindlichkeit nicht an die Firma als solche geknüpft ist, sondern an die Person, die hinter der Firma steht und unter derselben ihre Geschäfte abschliesst. Aber daraus folgt doch noch kein logischer Schluss dahin, dass die Firma nicht zur Individualisierung einer Person in ihren kaufmännischen Beziehungen diene. Nicht die Firma schliesst ja die Geschäfte ab, sondern der Kaufmann unter der Firma.

Das H.G.B. redet nicht von der Firma schlechthin, sondern von der Handelsfirma und versteht darunter die Firma eines Kaufmannes. Kaufmann ist aber nach dem H.G.B. nicht jeder, der an der Herstellung und am Umsatze der Güter zu Zwecken des Erwerbes beteiligt ist, sondern nur derjenige, der ein Handelsgewerbe betreibt d. h. ein Gewerbe, das eine der in § 1 H.G.B. aufgezählten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat. Dies findet einerseits eine Erweiterung in § 2 H.G.B. durch Einbeziehung der nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebe, bei denen keiner der in § 1 H.G B. aufgeführten Gewerbebetriebe vorzuliegen braucht, andererseits eine Einschränkung in § 3 H.G.B. durch die Ausschliessung der Betriebe der Land- und Forstwirtschaft.

Es besteht sonach zwischen dem Begriffe der Handelsfirma und der Firma schlechthin ein wesentlicher Unterschied in dem Sinne, dass die Firma im Verhältnis zur Handelsfirma der weitere Begriff ist, dass die Handelsfirma nur einen Ausschnitt aus dem umfassenden Firmenbegriffe darstellt, dass es also auch eine Firma gibt, die nicht notwendigerweise zugleich Handelsfirma ist. Dass ein solcher Unterschied besteht, ergibt sich auch aus dem H.G.B. selbst

bezüglich der Kaufleute des § 4. Auch diese «Minderkaufleute» betreiben ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 H.G.B., sind also richtige Kaufleute und haben demnach auch eine Firma. Deshalb musste § 4 H.G.B. ausdrücklich bestimmen, dass die Vorschriften des H.B.G. über die Firmen auf sie keine Anwendung finden sollen. Gäbe es ausserhalb des H.G.B. überhaupt keine Firma, dann wäre die Bestimmung des § 4 durchaus überflüssig; sie würde etwas abweisen, was gar nicht besteht, sie würde Gespenstern nachjagen. Die Firma ist auch kein erst vom H.G.B. geschaffenes Rechtsinstitut, wurde vielmehr bei dessen Abfassung schon vorgefunden. Katz («Ueber Missbrauch des Firmenrechtes» in der Zeitschr. für gew. Rechtsschutz, 1894, S. 354) trifft das Richtige, wenn er sagt: das H.G.B. definiert nicht die Firma an sich, sondern die Firma eines Kaufmannes. Als Beleg dafür, dass es auch ausserhalb des H.G.B. eine Firma gebe, verweist er mit Recht auf das Strafgesetzbuch f. d. d. R., das in § 287 die Firma eines inländischen Produzenten, Fabrikanten oder Kaufmannes schützt, auf das Markenschutzgesetz von 1874, das in § 13 und 14 den Produzenten oder Kaufmann schützt, sowie auf das Warenzeichengesetz von 1894, zu dem wir noch das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes von 1896 hinzufügen können, welch beide Gesetze in § 14 bezw. § 8 schlechthin die Firma eines andern schützen. Damit ist nach ihm die Firma als ein Rechtsinstitut anerkannt, welches nicht bloss dem Kaufmanne, sondern auch irgend einem andern Gewerbetreibenden zukommt. Anders Pinner (R.G. zur Bek. des unl. Wettbew., 1903, S. 108). Auch die Ansicht von Gierke (deutsch. Priv.-R., Bd. I, S. 724, Anm. 40), die Firmen von Minderkaufleuten seien keine Firmen im Rechtssinne und unterständen daher nicht dem besonderen Firmenrechte, geht von der Voraussetzung aus, dass sich der Begriff der Firma nicht auf das H.G.B. beschränkt. Vgl. auch Kent (das R.G. zum Schutze der Warenbez., 1897, Ziff. 504, 505). Dagegen schiesst Seligsohn (Ges. z. Schutze d. Warenbez., 1905, S. 184) weit über das Ziel hinaus, wenn er in der

Bekämpfung eines vom H.G.B. unabhängigen Firmenschutzes die Behauptung aufstellt, ausserhalb des H.G.B. gebe es keine Firma.

Mag hiernach auch bezüglich des Umfanges des Begriffes ein Unterschied zwischen Firma und Handelsfirma bestehen, so hat die Handelsfirma mit der Firma doch das gemeinschaftlich, dass sie eine Personenbezeichnung ist und nicht etwa die Bezeichnung für den Inbegriff der durch einen Kaufmann zusammengehaltenen geschäftlichen Beziehungen. Es ist daher die Ansicht von Endemann (Das deutsche Handelsr., 1876, S. 75 ff), die Firma sei der Name des kaufmännischen Geschäftes im Gegensatze zu dem des Inhabers, zurückzuweisen. Mit Recht sagt dagegen das Reichsgericht (Entsch. Bd. 9, S. 105), die Firma sei Personenname, nicht Geschäftsbezeichnung; das Geschäft habe überhaupt keinen Namen, sondern nur eine Bezeichnung. Ebenso Behrend (Lehrb. des deutsch. Handelsr., 1880, Bd. I, S. 40), Hölder (Kom. z. B.G.B. allg. Teil, 1900, S. 101), Dernburg (Das bürg. R. des d. Reiches und Preussens, Bd. I, § 99, S. 299, Anm. 2), Brinckmann (im Archiv für zivilist. Praxis, Bd. 34, S. 153).

§ 2.

Die Handelsfirma.

Einen Ausschnitt aus dem Begriffe der Firma bildet die Handelsfirma d. h. die Firma des Kaufmannes. Nicht jeder Gewerbetreibende ist ein Kaufmann, sondern nur derjenige, der ein Handelsgewerbe betreibt. Wie Kaufleute werden behandelt die Handelsgesellschaften, § 6 I H.G.B., so dass auch für sie die Vorschriften über die Firmen gelten. Ebenso verhält es sich mit den Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit, § 16 des Ges. üb. die priv. Vers.-Untern. v. 1901, mit den Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, § 17 II, Gen.-Ges. v. 1898, mit der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, § 13 III, Ges. betr. d. G. m. b. H. mit § 6 H.G.B. Die Firma des Einzelkaufmannes ist sein Familienname mit mindestens einem aus-

geschriebenen Vornamen. Dies gilt auch, wenn er sein Geschäft nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, § 18 I H.G.B. Aus dieser Uebereinstimmung der Firma mit dem bürgerlichen Namen in ihrem wichtigsten Anwendungsfalle geht deutlich hervor, dass die Firma eine Personenbezeichnung ist und nicht die Bezeichnung eines gewissen Handelsgewerbes oder die Bezeichnung des Verhältnisses einer Person zu einem bestimmten Handelsgewerbe.

Für die Firma der offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien enthalten die §§ 19, 20 H.G.B., für die Firma der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften § 3 Gen.-Ges., für die Firma der Ges. m. b. H. § 4 des Ges. betr. die G. m. b. H., für die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit § 18 II des Ges. über die Priv.-Vers.-Untern. besondere Vorschriften. Dass jeder Kaufmann nur eine einzige Firma haben kann, ergibt sich aus ihrer Natur als Personenbezeichnung und überdies aus der Fassung des § 17 H.G.B. mit hinreichender Deutlichkeit.

Für Vollkaufleute und die ihnen gleichgestellten Personenverbände besteht die Verpflichtung, einerseits ihre Firma sowie das Erlöschen und jede Aenderung der Firma oder ihrer Inhaber, andererseits den Ort der Handelsniederlassung und die Verlegung der Niederlassung an einen andern Ort bei dem Gerichte, in dessen Bezirk sich die Handelsniederlassung befindet, zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden, ohne dass jedoch der Bestand der Firma von der Erfüllung dieser Förmlichkeit abhängig wäre, § 29 H.G.B. Doch bietet die Eintragung besonders zwei Vorteile, einen für den Inhaber der eingetragenen Firma, einen für den gutgläubigen dritten Kontrahenten: ersterem steht ein Recht darauf zu, dass sich alle Firmen, die in dem Orte oder in der Gemeinde, in der seine Firma besteht, zur Entstehung gelangen wollen, von seiner Firma deutlich unterscheiden, § 30 I H.G.B.; letzterem kann eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache, in unserem Falle die Tatsachen der §§ 29 und 31 H.G.B., vom Ein-

tragungsinteressenten nur entgegengehalten werden, wenn sie entweder eingetragen und bekannt gemacht ist und ihm zugleich bekannt war oder bekannt sein musste oder trotz fehlender Eintragung und Bekanntmachung ihm erweislich bekannt war, § 15 H.G.B.

§ 3.

Das Recht an der Firma.

Die Firma, wie sie im vorstehenden näher erklärt wurde, steht mit dem Inhaber des kaufmännischen Geschäftes, auf dessen Person sie hinweist, derart in Verbindung, dass dem Träger der Firma ein Recht auf den Gebrauch derselben zusteht. Die Frage nach Art und Beschaffenheit dieses Rechtes nötigt uns, zu einer allgemeinen Betrachtung auszuholen, die uns Auskunft erteilen wird über den Begriff des subjektiven Rechtes im allgemeinen sowie über Existenz und Begriff des Persönlichkeitsrechtes im besonderen.

Der Mensch erkennt sich selbst als etwas von seiner Umgebung verschiedenes. Was er von seiner Umgebung als seinesgleichen erkennt, nennt er Personen; alles andere nennt er Gegenstände. Die Befriedigung seiner Bedürfnisse nötigt ihn, zu seiner Umgebung in Beziehungen zu treten. Die bedeutendste Form dieser Beziehungen ist die Herrschaft, d. h. er ist bestrebt, seine Umgebung seinem Willen zu unterwerfen. Sein Wille ist sein Recht. Diese freie Betätigung des eigenen Willens stösst jedoch auf Schwierigkeiten bei den Mitmenschen, da auch diese durch die Befriedigung ihrer Bedürfnisse genötigt sind, zu ihrer Umgebung in Beziehungen zu treten. So tritt der Wille dem Willen gegenüber. Die Erkenntnis der Gleichartigkeit der Bedürfnisse und der Zweckmässigkeit gemeinschaftlichen Handelns führt die Menschen dazu, sich zu Personenverbänden zusammenzuschliessen. Die Angehörigen des Verbandes einigen sich über gewisse Regeln für das Verhalten der einzelnen untereinander und zu den Gegenständen und zwar derart, dass der Wille des Einzelnen dem Willen der Gesamtheit weichen soll. So tritt der

Wille der Gesamtheit dem Willen des Einzelnen als eine höhere Macht gegenüber. Was durch ihn als bindende Regel für das Zusammenleben der Angehörigen dieser Gesamtheit aufgestellt wird, bildet das Recht im objektiven Sinne. Die Gesamtheit selbst ist es also, die das Recht schafft. Die Schaffung des Rechtes kann in zweifacher Weise erfolgen: entweder durch einen äusserlich zu Tage tretenden Formalakt, das Gesetz, oder durch dauernde, mit dem Verpflichtungswillen verbundene Uebung, die Gewohnheit. Es ist daher nicht richtig, Gesetz und Gewohnheit als Rechtsquellen zu bezeichnen. Sie sind lediglich Erscheinungsformen des Rechtes. Rechtsquelle ist vielmehr einzig und allein der Wille der Gesamtheit. Es gibt daher auch kein Recht, das nicht der Mensch selbst geschaffen hat. Insbesondere kann ein Naturrecht, das in Form von unzerstörbaren Menschenrechten und Menschenpflichten über das von Menschen geschaffene Recht hinweg Geltung in Anspruch nimmt, nicht anerkannt werden. Was man hier gerne zum Rechte stempeln möchte, sind lediglich Anschauungen der Moral, die ja bei der Rechtsbildung bestimmend mitwirken können, aber nicht schon als solche den Willen des einzelnen dem der Gesamtheit zu unterwerfen vermögen. Weit überwiegend gegenüber diesen Grundsätzen der Moral ist als oberster Beweggrund alles Rechtes die Zweckmässigkeit zu betrachten, d. h. die Erkenntnis, dass ein bestimmtes Verhalten des Einzelnen für das Zusammenleben der Angehörigen eines bestimmten Personenkreises nützlich und förderlich ist.

Der Wille der Gesamtheit tut sich nach aussen kund in der Form des Rechtsbefehles an die Angehörigen des Personenverbandes. Dieser Befehl hat zur Folge, dass zwischen ihnen unter einander sowie zu den Gegenständen gewisse Beziehungen festgelegt werden, die sich vom Standpunkte des Einzelnen aus betrachtet als subjektive Rechte darstellen. Diese subjektiven Rechte sind nichts anderes als rechtlich geschützte Interessen des Einzelnen. Wir haben eben gesehen, dass der Kampf ums Dasein es ist, der die Menschen nötigt, sich zu Personenverbänden zusammenzu-

schliessen und den Willen der Gesamtheit als höhere Macht über sich anzuerkennen. Dieser Kampf ums Dasein jedoch ist lediglich der Widerstreit der Interessen. Interesse ist ganz allgemein die Bedeutung, die jemand bei der Verfolgung eines bestimmten Zweckes dem Bestehen oder Nichtbestehen gewisser Lebensverhältnisse beilegt mit Rücksicht auf die Erreichung dieses Zweckes. Aufgabe des Staates ist es, diesen Widerstreit der Interessen in denjenigen Grenzen zu halten, welche die ungestörte Förderung des Wohles der Gesamtheit erfordert. Diese Aufgabe erfüllt der Staat im Wege der Gesetzgebung, deren oberster Grundsatz die Zweckmässigkeit, deren letztes Ziel das Wohl der Gesamtheit ist. Der Gesetzgeber bestimmt, dass die Tatsache des Bestehens gewisser Lebensverhältnisse für die Beteiligten gewisse Folgen haben solle, deren Verwirklichung durch die Machtmittel des Staates erzwungen wird. Dadurch wird diese Folge zur Rechtsfolge, das Interesse zum rechtlich geschützten Interesse d. h. zum Rechte im subjektiven Sinne.

Das Recht im subjektiven Sinne hat ganz allgemein einen zweifachen Inhalt: es gewährt dem Berechtigten die Befugnis, gewisse Handlungen vorzunehmen und allen Andern die vornahme von Handlungen zu verbieten, die sich als Beeinträchtigung seines Rechtes darstellen könnten.

Diese Auffassung des subjektiven Rechtes als rechtlich geschützten Interesses ist nicht unbestritten. Ihr steht vor allem die Ansicht derjenigen Autoren gegenüber, die das subjektive Recht als rechtlich geschützte Willensmacht bezeichnen, so Windscheid (Lehrb. des Pandektenr., 1900, I. S. 131) und Ramdohr (in Gruchots Beiträgen, Bd. 43, S. 14 ff.). Die Vorstellung ist hier die, dass der auf Verwirklichung eines bestimmten Interesses gerichtete Wille dabei auf den Widerstand eines fremden Willens, der entgegengesetzten Interessen zu verwirklichen bestrebt ist, stösst. Zur Regelung dieses Konfliktes bestimmt der Gesetzgeber, dass der Wille des Einen bei Verwirklichung eines bestimmten Interesses über den widerstreitenden Willen des Andern die Uebermacht haben soll. Diese Uebermacht

über den fremden Willen tritt darin zutage, dass dem einen die Machtmittel des Staates zur Durchsetzung seines Willens zur Seite gestellt werden. Diese Auffassung des subjektiven Rechtes als rechtlich geschützte Willensmacht dürfte, wenn nicht unrichtig, zum mindesten unpraktisch sein. Von einem Schutze des Willens an sich als einer Fähigkeit der menschlichen Seele wird sich niemand eine rechte Vorstellung machen können. Sodann hätte dieser Schutz weder für den Staat noch für das Rechtssubjekt irgend einen praktischen Wert. In Wirklichkeit ist es doch so, dass nicht der Wille an sich, sondern die Betätigung des Willens und zwar im Einzelfalle immer nur eine bestimmte Art dieser Betätigung, die auf die Verwirklichung eines bestimmten Interesses gerichtet ist, geschützt wird. Der Schwerpunkt liegt somit nicht auf dem Schutze des Willens an sich, sondern auf dem Schutze des Interesses, auf dessen Verwirklichung der Wille gerichtet ist. Das Unzulängliche der hier bekämpften Anschauung hat Gierke (Deutsch. Priv.-R., Bd. I, S. 253) herausgefühlt und daher einen vermittelnden Standpunkt eingenommen. Bei ihm ist das subjektive Recht die von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht, deren Inhalt ein äusseres Lebensinteresse bildet. Selbst wenn man beide Auffassungen des subjektiven Rechtes als begrifflich möglich gelten lässt, dürfte es zweckmässiger sein, sich für die hier vertretene Definition zu entscheiden; denn ihr Ausgangspunkt sind die Interessen und diese gründen sich auf die Lebensverhältnisse d. h. auf die greifbare Welt der Erfahrung, über deren Realität kein Streit besteht, während die Auffassung des subjektiven Rechtes als rechtlich geschützte Willensmacht die Anerkennung der Willensfreiheit voraussetzt, die bei weitem nicht so unbestritten ist, wie die Realität der Welt der Erscheinungen.

Die volle Bedeutung und Wirksamkeit des subjektiven Rechtes zeigt sich in den Folgen der Zuwiderhandlung d. h. im Schutze des Rechtes. Dieser Schutz kann für alle denkbaren Fälle der Rechtsverletzung bestehen oder nur bei bestimmten Arten der Zuwiderhandlung wirksam werden. Diese verschiedene Intensität des Schutzes kann in gesetz-

geberischen Erwägungen der Zweckmässigkeit oder in der Mangelhaftigkeit jedes Menschenwerkes ihren Grund haben. Neben der Verbietungsbefugnis des Berechtigten ist möglicherweise ein Eingreifen des Staates selbst gegen die Zuwiderhandlung denkbar, wenn nämlich die Verletzung des Privatrechtes zugleich einem öffentlichen Interesse widerstreitet. Dieses Eingreifen des Staates kann sich darstellen als Betätigung im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder als strafrechtlicher Zwang gegen den Störer der öffentlichen Ordnung.

Der Widerstreit der Interessen tritt besonders scharf zu Tage bei jenem Stande, der den Umsatz der Güter betätigt: bei den Kaufleuten. Hier lag dem Gesetzgeber bei seinem ordnenden Eingreifen die schwierige Aufgabe vor, auf der einen Seite der freien Betätigung des Erwerbssinnes massvolle Schranken zu setzen und so eine gesunde Entwicklung zu sichern, auf der anderen Seite das Hinüberschlagen der Wogen dieses Kampfes ums Dasein in das Gebiet der öffentlichen Ordnung zu hindern und so in gedeihlicher Weise das Wohl der Gesamtheit zu fördern. Der Staat entledigte sich dieser Aufgabe, indem er einigen besonders hervortretenden Interessen der Kaufleute seinen Rechtsschutz zur Seite stellte und so diese Interessen zu rechtlich geschützten Interessen d. h. zu Rechten gestaltete.

Ein lebhaftes Interesse hat der Kaufmann am ungestörten Gebrauche seiner Firma. Das Publikum ist gewohnt, beim Einkaufen sich nur an die kurze scharf formulierte Firma seines Lieferanten zu halten und erwartet, dass die Ware, die unter Bezugnahme auf diese Firma verkauft wird, auch wirklich aus dem hinter dieser Firma stehenden Geschäfte herrührt. Es liegt daher für den Kaufmann die Versuchung sehr nahe, sich derselben oder doch einer ähnlichen Firma wie sein Konkurrent zu bedienen und unter Ausnützung der Verwechslungsgefahr dessen Kundschaft zu sich herüberzuziehen. Beiden Gesichtspunkten, nämlich dem Schutze des Kaufmannes gegen unredliche Konkurrenz und dem Schutze des Publikums gegen Irreleitung, musste der Gesetzgeber bei der Regelung dieses Gegenstandes seine besondere Auf-

merksamkeit zuwenden. Indem der Staat die Tatsache des Vorhandenseins einer Firma durch Aufstellung von Normen mit bestimmten Rechtswirkungen umkleidet und an die Verletzung dieses Rechtsinstitutes gewisse Rechtsfolgen knüpft, erhebt er das einfache Lebensverhältnis zum Rechtsverhältnis, das Interesse an der Firma zum Rechte an der Firma.

§ 4.

Das Recht an der Firma ein Persönlichkeitsrecht.

Nachdem wir erkannt haben, dass dem Kaufmanne an seiner Firma ein subjektives Recht zusteht, erhebt sich die Frage nach der Art dieses subjektiven Rechtes. Solcher Arten kann man nach dem Gegenstande, auf welchen sich das Recht bezieht, drei unterscheiden: Rechte an der eigenen Person, Rechte an Sachen und Rechte an anderen Personen. Gierke (D. Priv.-R., Bd. I, S. 360). Die herrschende Lehre betrachtet das Recht an der Firma als Persönlichkeitsrecht und rechnet mit Gierke (a. a. O.) dazu alle Rechte, die dem Berechtigten den Genuss eines persönlichen Gutes oder die Betätigung einer persönlichen Kraft allen andern Personen gegenüber gewährleisten. Gerade in neuerer Zeit ertönt immer lauter der Ruf nach diesem Persönlichkeits- oder Individualrecht, da die moderne Entwicklung des gewerblichen Lebens mit ihrem gewaltig verschärften Konkurrenzkampfe die Anerkennung d. h. Schaffung dieses Rechtes fordere, um darauf als Grundlage ein System von Schutzvorschriften zu errichten. Dagegen sind über die Natur dieses Persönlichkeitsrechtes die Meinungen nicht ebenso übereinstimmend wie über die Notwendigkeit seiner Anerkennung.

Die wichtigsten Theorieen über das Persönlichkeitsrecht sind folgende:

1. Die Theorie vom Eigentumsrecht an der Persönlichkeit. Die ihr zu grunde liegende Auffassung, dass man seine eigene Person im Eigentum haben könne, ist heute mit Recht als irrtümlich aufgegeben. Unter Eigentum versteht man das von der Rechtsordnung gewährleistete Herr-

schaftsverhältnis einer Person zu einer Sache. Die willensfähige Person ist Rechtssubjekt, die willenlose Sache ist Rechtsobjekt. Die Herrschaft des Willens über das Willenlose ist das unterscheidende Kennzeichen der dinglichen Rechte und damit auch des Eigentums gegenüber den persönlichen Rechten, die eine Herrschaft über einen fremden Willen enthalten. Nun ist klar, dass nicht die eigene Persönlichkeit als willensfähiges Rechtssubjekt zu derselben Persönlichkeit als willenloses Rechtsobjekt in einem Herrschaftsverhältnis stehen und damit sich selbst im Eigentum haben kann. Auch von einem Rechte an der eigenen Person «nach Analogie» des Eigentums kann nicht die Rede sein, da für die Zulässigkeit einer solchen sinngemässen Anwendung des Eigentumsbegriffes auf das Persönlichkeitsrecht jeder begriffliche Zusammenhang der beiden Rechtsbildungen fehlt. Die Vertreter dieser Richtung sind besonders v. Vangerow (Pandekten, § 34, Anm. I, «Der Mensch hat sich selbst im Eigentum») und Puchta (Institutionen I, § 30, «Der Wille kann sich selbst zum Gegenstande haben»).

2. Die Theorie von den Individualrechten oder Rechten an der eigenen Person. Darnach gibt es Rechte, die weder Rechte an Sachen noch Rechte an fremden Personen sind Ihre Annahme gründet sich darauf, dass der Mensch sich als ein von seiner Umgebung verschiedenes Wesen d. h. als Individuum erkennt, das mit besonderen Eigenschaften und Fähigkeiten ausgestattet ist. An dem Genusse dieser persönlichen Güter und an der Betätigung der eigenen Kräfte hat der Mensch ebensosehr ein Interesse wie an der Dienstbarmachung der Sachen und fremden Personen für die Befriedigung seiner Bedürfnisse. Vgl. insbes. Bruns (in Holtzendorffs Enzyklopädie I, 1873, S. 330/331). Auch bei ihm beruht der Unterschied auf dem Gegensatze der persönlichen Existenz des Menschen und seiner Herrschaft über die äussere Natur und andere Menschen. Er bezeichnet diese Rechte als Zustandsrechte im Gegensatze zu den Vermögensrechten. Abgesehen von der Uebereinstimmung bezüglich des Grundes dieser Rechte gehen bezüglich ihres Begriffes die Ansichten auseinander. Gierke (Deutsch. Priv.-R.,

Bd. I, S. 704) bezeichnet als Ausgangspunkt der Persönlichkeitsrechte das allgemeine Recht der Persönlichkeit und versteht darunter den Anspruch, als Person d. h. als Träger subjektiver Rechte zu gelten. Aus diesem Anspruche seien gleichsam als besonders ausgebildete Zweige desselben besondere Rechte herausgewachsen. Der Ausgangspunkt dieser Konstruktion, die Existenz eines allgemeinen Rechtes der Persönlichkeit, dürfte nicht zutreffen. Was Gierke hier für ein subjektives Recht hält, ist lediglich eine Eigenschaft, die den Menschen zukommt und deren Vorhandensein vom Gesetzgeber bei der Schaffung der einzelnen subjektiven Rechte zugrunde gelegt wird. Die Fähigkeit, subjektive Rechte zu haben, kann doch nicht selbst wieder ein subjektives Recht sein.

Gareis («Das juristische Wesen der Autorrechte sowie des Firmen- und Markenschutzes» in Buschs Archiv, Bd. 35, S. 195) gibt dem Rechtssubjekt das Recht, seine Individualität als solche anerkannt zu sehen, und versteht darunter «das Eigentümliche des Subjektes als ein für sich bestehendes Individuum mit diesen und jenen körperlichen und geistigen Fähigkeiten gedacht». Auch diese Definition dürfte keine genügende Erklärung des Persönlichkeitsrechtes bieten. Sie bezeichnet als Gegenstand des Rechtes ein unkörperliches, wesenloses Gedankending, die Individualität, zu dessen Vorstellung man nur durch Abstraktion von allem Realen gelangen kann. Abgesehen davon, dass es doch die nächstliegende Aufgabe des Rechtes ist, die Verhältnisse der greifbaren Wirklichkeit zu normieren und nicht wesenlosen, «gedachten» Individualitäten nachzujagen, ist auch gar nicht ersichtlich, welches Interesse bestehen kann, diese gedachte Individualität als solche anerkannt zu sehen. Das Interesse besteht nicht an der Anerkennung der Individualität als solcher, sondern am Schutze bestimmter Eigenschaften und Fähigkeiten, bei deren Betätigung in der greifbaren Aussenwelt das Subjekt auf den sehr realen Widerstand der ebenfalls ihre Interessen verfolgenden Mitmenschen stösst.

Die dritte Variation des Rechtes an der eigenen Person findet sich bei Engelmann (Das alte und das neue bürgerl. R. Deutschls., 1899, S. 151). Nach ihm sind Persönlichkeitsrechte «die Rechte auf den Genuss persönlicher Güter und auf freie Betätigung der eigenen Kräfte». Der Gegensatz zur Ansicht von Gareis besteht darin, dass nicht die abstrakte Individualität als solche, sondern eine konkrete Betätigung dieser Individualität das Objekt des Persönlichkeitsrechtes ist. Denn erst aus der Betätigung der Individualität in einer bestimmten Richtung in der Aussenwelt kann sich ein schutzwürdiges Interesse der Person ergeben, dass diese Art der Betätigung gegen störende Eingriffe geschützt und der dabei entgegentretende Widerstand anderer Personen durch die Machtmittel der Gesamtheit gebrochen wird. Dies hindert uns nicht, diese Rechte gleichwohl Rechte an der eigenen Person zu nennen, soferne nur daran festgehalten wird, dass es weder ein allgemeines Recht der Persönlichkeit gibt, aus dem diese Rechte herausgewachsen sind, noch auch ein Recht der Person, «ihre Individualität als soche anerkannt zu sehen».

Hieher kann man auch, soferne man lediglich die begriffliche Konstruktion des Persönlichkeitsrechtes im Auge hat, die Ansicht Kohlers (Das Recht des Markenschutzes, 1884, S. 1) stellen. Nach ihm «besteht ein Recht an den Gütern des eigenen leiblich-geistigen Wesens». «Unsere Subjektivität steht unserem eigenen geistigen Wesen als einem Objekte der Wahrnehmung und des Genusses gegenüber». Unbestimmt ist die Definition bei Windscheid (Lehrb. des Pandektenr. Bd. I, 1900, S. 145/146): «Von Rechten an der eigenen Person kann man in dem Sinne sprechen, dass die Rechtsordnung den Willen des Berechtigten auch für die eigene Person für massgebend erklärt». Eine Erklärung des Persönlichkeitsrechtes im Sinne der für richtig gehaltenen Ansicht Engelmanns ist hier nur schwer herauszulesen, zumal das ausschliessliche Gewicht auf das Willensmoment gelegt ist.

Hier verdient noch der Einwand Ramdohrs (Das R. zum Gebrauch eines Namen nach den Vorschriften des

B.G.B. in Gruchots Beitr., Bd. 43, S. 16) erwähnt zu werden, der den Begriff des Individualrechtes verwirft; denn «dem widerspricht schon, dass auch die juristische Person solche Individualrechte haben kann, aber keine Individualität». Der Begriff der juristischen Person ist überhaupt cum grano salis aufzufassen. Mit dem philosophischen Begriffe der Person und mit der Individualität hat er gar nichts zu tun. Es ist lediglich die vielleicht unglücklich gewählte Bezeichnung für ein Rechtsgebilde, das ähnlich wie die natürliche Person, mit der es begrifflich gar nichts zu tun hat, Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Ramdohr sagt daher ganz richtig, die juristische Person habe keine Individualität. Unrichtig dagegen ist seine Schlussfolgerung: da sie trotzdem die von den Gegnern als Individualrechte bezeichneten Rechte besitze, könnten diese Rechte keine Individualrechte sein. Mit demselben Rechte könnte man sagen: die juristische Person hat keinen Willen; trotzdem besitzt sie subjektive Rechte; also kann das subjektive Recht nicht rechtlich geschützter Wille sein, eine Schlussfolgerung, auf die sich Ramdohr nicht einlassen wird, da er selbst behauptet, dass «der Wille das ist, was unter Rechtsschutz gestellt und zur subjektiven Berechtigung erhöht ist» (a. a. O. S. 20). Ramdohr tritt somit zu seiner eigenen Anschauung über das subjektive Recht in Widerspruch; dass diese Anschauung nicht die unsrige sein kann, wurde schon oben bei Betrachtung des subjektiven Rechtes erwähnt.

3. Die Theorie der objektlosen Rechte. Ihr Vertreter ist der eben genannte Ramdohr, der in der zitierten Abhandlung zu dem Ergebnis gelangt, dass diese Rechte weder fremde Personen noch Gegenstände noch die Person des Berechtigten zum Gegenstande haben. Er führt dann aus (S. 20 ff.), es sei sehr wohl denkbar, dass der Wille auch dann unter Rechtsschutz gestellt und so zum subjektiven Rechte erhöht werden könne, wenn er ohne Beziehung auf etwas fremdes — Person oder Sache — also ohne Beziehung auf ein Objekt überhaupt etwas bestimmtes will. Der Inhalt und Umfang dieser objektlosen Rechte werde gesetzlich festgelegt durch Abgrenzung der Herrschafts-

sphäre auf territoriale oder persönliche Kreise, durch Institution öffentlicher Bücher und Register oder durch Aufstellung allgemeiner Regeln über Inhalt und Voraussetzungen des zu schützenden Wollendürfens. Richtig ist, dass der Wille — um bei dem hier zugrunde gelegten Begriffe des subjektiven Rechtes als rechtlich geschützte Willensmacht zu bleiben — ohne Beziehung auf ein fremdes Objekt — Person oder Sache — unter Rechtsschutz gestellt werden kann. Dagegen dürfte es sehr zu bestreiten sein, dass der Wille ohne Beziehung auf ein Objekt überhaupt rechtlich geschützt werden könne. Der Wille wird doch nicht schlechthin in seiner Eigenschaft als Fähigkeit der menschlichen Seele geschützt, sondern die Betätigung des Willens d. h. das dem Willen entsprechende und äusserlich zutage tretende Handeln wird unter Rechtsschutz gestellt. Es ist aber klar, dass diese Betätigung des Willens nicht planlos und unmotiviert erfolgt, sondern durch die Vernunft regiert wird, dass dieses Handeln nicht als Willensbetätigung an sich, sondern als von der Vernunft in eine bestimmte Richtung geleitete Betätigung von der Rechtsordnung geschützt wird. Die Willensbetätigung muss daher einen Gegenstand haben, auf den sie gerichtet ist. Wenn dieser Gegenstand weder eine Person noch eine Sache ist, so folgt daraus, dass der Gegenstand eben ein anderer sein muss, nicht aber, dass der Wille hier überhaupt keinen Gegenstand habe. Wenn demnach dieser Gegenstand des Rechtes nicht in der Umgebung des Menschen sich findet, so muss er, wenn er überhaupt existiert, im Menschen selbst zu suchen sein. Ist er aber im Menschen selbst zu suchen, dann haben wir auch ein Persönlichkeitsrecht anzunehmen.

Der Nachweis, dass dieser Gegenstand des Rechtes im Menschen selbst zu suchen ist, und damit die Beantwortung der Frage, ob Persönlichkeitsrechte begrifflich überhaupt denkbar sind, soll nun im folgenden versucht werden.

Wenn es Persönlichkeitsrechte gibt, so sind sie eine besondere Art der subjektiven Rechte. Als solche sind sie rechtlich geschützte Interessen. Jedes Interesse gründet sich auf ein Werturteil bezüglich des Bestehens oder Nicht-

bestehens gewisser Lebensverhältnisse mit Rücksicht auf die Befriedigung der Bedürfnisse des Urteilenden. Ausgangspunkt für das Interesse ist somit einmal ein Lebensverhältnis und sodann die Befriedigung eines Bedürfnisses. Die Dringlichkeit des Bedürfnisses ist der Massstab für die Intensität des Interesses. Das Lebensverhältnis dagegen ist das Objekt des Interesses. Was ist nun ein Lebensverhältnis? Leben deutet auf etwas hin, was in der Aussenwelt vorhanden ist oder geschieht, Verhältnis deutet auf eine Operation des Verstandes. Das Sein oder Werden in der Aussenwelt ist die Ursache, dass im Verstande ein Akt der Erkenntnis stattfindet. Dieser Akt der Erkenntnis ist daher die Wirkung. Lebensverhältnis ist somit weder das Sein oder Werden in der Aussenwelt allein, noch der Akt der Erkenntnis allein, sondern jener Zustand der Aussenwelt, der einer bestimmten menschlichen Erkenntnis entspricht. Jede menschliche Erkenntnis bezieht sich aber auf Gegenstände; Lebensverhältnis ist somit ein Zustand der Gegenstände, wie er in der menschlichen Erkenntnis sich abspiegelt. Dieser Zustand der Gegenstände ist das Objekt des Interesses. Der Inbegriff der Gegenstände ist nicht gleich Umgebung; denn das erkennende Subjekt selbst ist zugleich Gegenstand und somit Objekt der Erkenntnis und zwar nicht in dem engen Sinne, als ob es lediglich in seiner körperlichen Existenz d. h. als Bestandteil der sinnlich wahrnehmbaren Aussenwelt Gegenstand der Erkenntnis wie jeder andere Bestandteil der Aussenwelt sei. Gegenstand der Erkenntnis ist vielmehr das erkennende Subjekt selbst, indem es als solches reflexiv sich selbst erkennt. Gerade diese gleichzeitige Doppelfunktion des eigenen Ich als Subjekt und Objekt der Erkenntnis ist die erste und vornehmlichste Art der Erkenntnis. Ein Gegenstand einer möglichen Erkenntnis ist somit auch das erkennende Subjekt selbst. Als solcher Gegenstand kann es auch für ein Lebensverhältnis in Betracht kommen und somit auch ein mögliches Objekt eines Interesses bilden. Daraus folgt, dass bei hinzutretendem Bedürfnis auch ein Interesse an der eigenen Person und bei rechtlicher Anerkennung und rechtlichem Schutze dieses Interesses ein subjektives

Recht an der eigenen Person d. h. ein Persönlichkeitsrecht begrifflich denkbar ist.

Persönlichkeit ist der zusammenfassende Ausdruck für die in einem denkenden Subjekte vereinigten Eigenschaften und Fähigkeiten. An der ungestörten Entfaltung dieser Eigenschaften und Betätigung dieser Fähigkeiten hat das denkende Subjekt ein Interesse d. h. es legt ihrer Entfaltung bezw. Betätigung einen gewissen Wert bei mit Rücksicht auf die Befriedigung seiner Bedürfnisse. Je nach der Art dieser Betätigung des eigenen Ich und je nach dem Gebiete, auf dem sie erfolgt und dadurch in das Tätigkeitsgebiet anderer Subjekte eingreift, kann das darauf gegründete Interesse ein verschiedenes sein und sind daher auch verschiedene Arten von Persönlichkeitsrechten denkbar.

Wenn nun Bedenken von allgemein logischen Erwägungen aus der Konstruktion eines Persönlichkeitsrechtes nicht im Wege stehen, so ist mit der Begriffsmöglichkeit dieses Rechtes noch nicht seine Existenz gegeben. Ein Persönlichkeitsrecht entsteht wie jedes andere subjektive Recht nur und erst durch den daraufgerichteten Willen der Gesamtheit. Es ist daher eine verkehrte Anschauung, wenn man sagt, das Persönlichkeitsrecht sei aus allgemeinen Grundsätzen abzuleiten und ergebe sich mit Notwendigkeit aus Erwägungen der Vernunft, existiere somit gewissermassen als allgemeines Menschenrecht. Insbesondere Kohler, der Fahnenträger dieser Richtung, stellt in seinem Recht des Markenschutzes (1884, S. 1) den durch nichts bewiesenen Satz auf: «Es besteht ein Recht an den Gütern des eigenen leiblich geistigen Wesens». Dieser Satz, der in seinem genannten Werke konsequent durchgeführt wird, hat bei ihm ganz allgemein den Sinn, dass das liebe Ich überall da, wo es im Kampfe ums Dasein bei der Betätigung seiner persönlichen Fähigkeiten und Kräfte zu kurz zu kommen droht, zur Abwehr dem Feinde sein allumfassendes Persönlichkeitsrecht entgegenhalten kann. Nach einer Antwort auf die Frage, wer denn dem Menschen dieses unheimliche Recht gegeben hat, wird man bei Kohler vergebens suchen. Jedenfalls ist der Gesetzgeber bei ihm nicht als Spender

dieses Rechtes zu betrachten. Dieses Recht soll vielmehr schon früher als alle Gesetze bestanden haben, wenn schon es erst in neuerer Zeit entdeckt und verkündet wurde. Dass die Gesetzgebung nur zaghaft und mühsam mit diesem Persönlichkeitsrecht gleichen Schritt zu halten vermag, ist zwar sehr bedauerlich, aber noch kein grosses Unglück; denn das Persönlichkeitsrecht besteht ja unabhängig von der Anerkennung durch den Gesetzgeber z. B. am Namen, an der Firma, am Warenzeichen, an der Individualität des Geschäftsbetriebes. So ist z. B. das durch das Markenschutzgesetz von 1874 normierte Markenrecht nichts anderes als das durch staatliche Regulative gesicherte und gesteigerte Individualrecht (Kohler a. a. O. S. 88). Die Konsequenzen der Theorie Kohlers sind demnach, dass die Entstehung des Persönlichkeitsrechtes völlig unerklärlich und die Gesetzgebung das überflüssigste Ding der Welt ist.

Dieses von ihm feierlich verkündete Persönlichkeitsrecht ist genau besehen nichts weiter als ein verkapptes Mitglied der sogenannten natürlichen Rechte. Aber das subjektive Recht und damit auch das Persönlichkeitsrecht ist nicht identisch mit der Erlaubtheit eines Tuns oder mit dem Mangel eines dem Tun entgegenstehenden Verbotes. Es ist zwar richtig: Alles, was nicht verboten ist, ist erlaubt. Aber nicht Alles, was erlaubt ist, ist Gegenstand eines subjektiven Rechtes und insbesondere nicht eines Persönlichkeitsrechtes. So ist es z. B. nicht verboten, sich im Leben nach Belieben zu betätigen. Aber gleichwohl gibt es ein «Recht» auf Freiheit an sich nicht, sondern erst dann, wenn der Wille der Gesamtheit den Einzelnen in der Betätigung seiner natürlichen Freiheit schützt. Dann hat er ein subjektives Recht auf diese Betätigung, aber auch nur, soweit dieser Schutz reicht d. h. nur für diejenige Art der Betätigung der Freiheit, welche der Wille der Gesamtheit ihm zu gewährleisten für zweckmässig erachtet hat. Vgl. Windscheid (Lehrb. des Pandektenr., 1900, I, S. 146/47), Gierke (D. Priv.-R., I, 725), Engelmann (D. alte und d. neue bürg. R. Deutschl., 1899, S. 151), Garcis in Buschs Archiv, Bd. 35, S. 197. Soweit diese Gewährleistung nicht gegeben ist,

besteht auch kein subjektives Recht. Ein allgemeines Recht auf Betätigung der Individualität oder Persönlichkeit besteht daher erst recht nicht. Ob es zweckmässig ist, ein solches Recht zu schaffen, ist eine andere Frage.

Die Frage nach der Existenz des Persönlichkeitsrechtes schrumpft somit, nachdem seiner begrifflichen Konstruktion keine Bedenken entgegenstehen, in die Frage zusammen, ob der Gesetzgeber es für zweckmässig erachtet hat, es als schutzwürdiges Interesse anzuerkennen.

Vielleicht die wichtigste Form der Betätigung der Persönlichkeit, die zugleich am meisten auf die Befriedigung der eigenen Bedürfnisse gerichtet ist, ist die Betätigung im Erwerbsleben in der Form des Gewerbes. Die Zahl der Personen, die die gleichen Bedürfnisse haben und deren Befriedigung im Wege des Erwerbes verfolgen, ist hier am grössten, daher auch das Interesse des einzelnen an der Befriedigung seiner Bedürfnisse hier auf das Höchste gesteigert. Die Folge ist, dass auf diesem Gebiete der dringendste Anlass zur Schaffung von Persönlichkeitsrechten besteht.

Die natürlichste Betätigung und Folgerung der Selbsterkenntnis des Menschen als eines von seiner Umgebung verschiedenen Wesens ist die, dass er für diesen erkannten Gegensatz zwischen «Ich» und Umgebung einen Ausdruck findet und seiner Person eine unterscheidende Bezeichnung beilegt. Eine solche Bezeichnung ist besonders notwendig zur Unterscheidung von einem bestimmten Teile seiner Umgebung, den er als seinesgleichen erkennt: von den anderen Personen. Diese Bezeichnung nun ist der Personenname. In Anwendung auf den Erwerb, speziell auf den kaufmännischen Erwerb, ist diese Personenbezeichnung die Firma. Die Benützung der gleichen oder einer ähnlichen Firma durch andere Kaufleute ist geeignet, den Träger der Firma an der Befriedigung seiner Bedürfnisse im Wege des kaufmännischen Erwerbes zu verhindern oder doch zu gefährden, da sie dadurch ihre Eigenschaft als Unterscheidungszeichen für eine bestimmte Person verliert oder doch an Deutlichkeit einbüsst. Der Träger der Firma legt daher

einen gewissen Wert auf Aufrechterhaltung und ungestörten Gebrauch seiner Firma d. h. er hat daran ein Interesse. Falls nun die Gesamtheit dieses Interesse für hinreichend erachtet, ihm als solchen gegenüber anderen widerstreitenden Interessen den Vorrang einzuräumen und ihren Schutz angedeihen zu lassen, so kann dadurch das Interesse am ungestörten Gebrauche der Firma zum subjektiven Rechte und zwar zum Persönlichkeitsrechte erhoben werden. Das Vorstehende in aller Kürze zusammengefasst, ergibt folgenden Gedankengang: Gebrauch der Firma ist Gebrauch einer Personenbezeichnung. Letzterer ist aber die Betätigung der dem denkenden Subjekte innewohnenden Fähigkeit, sich als ein von seiner Umgebung verschiedenes Wesen zu erkennen, somit die Betätigung einer Fähigkeit der eigenen Person. Also ist auch der Gebrauch der Firma die Betätigung einer Fähigkeit der eigenen Person. Daher ist auch das Recht auf ungestörten Gebrauch der Firma, wenn es als solches anerkannt wird, ein Persönlichkeitsrecht.

Diese Anerkennung als subjektives Recht hat das Interesse am ungestörten Gebrauche der Firma im geltenden Rechte tatsächlich gefunden. Es enthält eine Reihe von Vorschriften zum Schutze der Firma gegen missbräuchliche Benützung durch einen Unbefugten, die dem Firmeninhaber ein klagbares Recht gegenüber dem Verletzer der Schutzvorschriften verleihen, gleichgültig, ob der Träger der Firma eine physische oder juristische Person, ob die Firma selbst eine Personalfirma oder Realfirma oder gemischte Firma ist.

§ 5.

Fortsetzung: Weiteres über das Firmenrecht.

Das Recht an der Firma ist ein absolutes oder Ausschlussrecht. Denn nicht bloss eine bestimmte Person oder eine bestimmte Anzahl von Personen, sondern jedermann ist verpflichtet, die fremde Firma zu respektieren, und ist bei ihrer Verletzung dem durch den Willen der Gesamtheit unterstützten Angriffe des berechtigten Trägers der Firma ausgesetzt.

Ein besonderes Kennzeichen für die Persönlichkeitsrechte ist ihre Unübertragbarkeit. Auch diese Eigenschaft trifft beim Recht an der Firma zu. § 23 H.G.B., wonach die Firma nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräussert werden kann, bedeutet keine Einschränkung dieses Satzes. Denn hier ist nur von einer Uebertragung der Firma, nicht aber von einer Uebertragung des Rechtes an der Firma die Rede. Mit der Veräusserung der Firma als Personenbezeichnung eines Kaufmannes erlischt auch das Recht des Veräusserers zum Gebrauche dieser Bezeichnung, geht also nicht auf den Erwerber der Firma über. Indem der Geschäftsnachfolger mit dem Handelsgeschäfte die dem Inhaber desselben eigentümliche Personenbezeichnung erwirbt, mit der Absicht, sie von nun an zur Bezeichnung seiner eigenen Person als Inhaber des Handelsgeschäftes zu gebrauchen, begründet er in seiner Person ein ganz neues Recht an der Firma, ein neues Persönlichkeitsrecht. Aehnlich ist es beim Erwerbe der Firma von Todeswegen.

Aber selbst, wenn man diese Unterscheidung zwischen Firma und Firmenrecht nicht machen will und in § 23 H.G.B. Firma und Firmenrecht identifiziert, muss man die Unübertragbarkeit der Firma zugeben. Die Firma ist die Bezeichnung eines Kaufmannes als Inhaber eines bestimmten Geschäftes. Wer kein Geschäft hat, kann auch keine Firma haben. Wenn daher das Geschäft veräussert wird, erlischt die Firma für den bisherigen Inhaber des Geschäftes. Der Erwerber des Geschäftes kann sich eine beliebige Firma beilegen, soferne nicht das Gesetz selbst die freie Firmenwahl einschränkt. Doch wäre es nicht zweckmässig, für das erworbene Geschäft eine ganz neue, dem Publikum, das von jeher in diesem Geschäfte verkehrt, unbekannte Firma zu wählen. Am nächsten liegt es offenbar, um beim Publikum die Kontinuität des Geschäftes aufrecht zu erhalten, eine mit der bisherigen gleichlautende Firma anzunehmen. Diese Annahme der gleichlautenden Firma ist jedoch kein Erwerb der Firma des bisherigen Geschäftsinhabers, also auch keine Veräusserung der Firma seitens ihres bisherigen

Inhabers; denn seine Firma ist ja, wie wir oben gesehen, mit der Veräusserung des Geschäftes untergegangen.

Wegen des unverzichtbaren persönlichen Elementes, das in der Firma enthalten ist, und wegen ihres oft nicht unbedeutenden Vermögenswertes schreibt § 22 H.G.B. die ausdrückliche Zustimmung des bisherigen Geschäftsinhabers vor zur Fortführung der Firma durch den Erwerber des Geschäftes. Zutreffend bezeichnet diese Bestimmung die Annahme der bisherigen Firma durch den Erwerber des Geschäftes nicht als Veräusserung bezw. Erwerb der Firma, sondern nur als Fortführung. Staub (Kom. z. H.G.B., Bd. I, zu § 22, Anm. 5, 1900) bezeichnet diese Zustimmung als Bewilligung einer Namensführung und betont, dass hier nicht die Veräusserung eines Vermögensobjektes vorliege. Dies darf jedoch nicht so aufgefasst werden, als ob der Veräusserer des Geschäftes auf Grund seines Firmenrechtes an sich die Fortführung seiner Firma von seiner Zustimmung abhängig machen kann; denn mit der Veräusserung des Geschäftes ist sein Firmenrecht erloschen und kann er ihrer Fortführung keinen Widerspruch entgegensetzen. Erst durch die ausdrückliche Bestimmung des § 22 H.G.B. ist für den Erwerber des Geschäftes die Verpflichtung konstituiert, sich für die Fortführung der Firma die Zustimmung des Veräusserers des Geschäftes zu erholen, und damit für diesen das Recht, der Fortführung seiner Firma ohne seine ausdrückliche Zustimmung zu widersprechen.

§ 22 H.G.B. regelt den Fall, dass bei Erwerb eines Geschäftes auch die bisherige Firma fortgeführt werden kann. Es hat also durchaus nicht den Sinn, als ob eine Fortführung der Firma nur bei Vorliegen seiner Voraussetzungen zulässig ist. Diese Ergänzung liefert § 23 H.G.B. Er regelt die Frage, wie es ist, wenn eine Firma, abgesehen vom Falle des § 22 H.G.B. d. h. von der Veräusserung des Geschäftes, durch einen andern als den Inhaber des Geschäftes, zu dem sie gehört, geführt werden soll, und bestimmt dafür, dass dies schlechthin unzulässig ist. Ein selbständiges Recht, ähnlich dem des § 22 H.G.B., wird hier für den Inhaber des Geschäftes nicht begründet. So lange er selbst

die Firma führt, kann er der Führung der Firma durch einen Andern aus § 37 II H.G.B. widersprechen. Wenn er auf seine Firma verzichtet unter Weiterführung seines Geschäftes unter einer neuen Firma, so kann er der Führung seiner bisherigen Firma durch einen Andern nicht widersprechen. Auch eine der in § 22 H.G.B. normierten Bewilligung entsprechende Zustimmung zur Führung der Firma durch einen Andern würde diesem kein Recht zur Führung der Firma geben. Ein solches Bewilligungsrecht hat § 23 H.G.B. nicht nur nicht für erforderlich erklärt zur Führung der Firma durch einen Andern ohne das Geschäft, sondern geradezu bestimmt, dass diese Führung der Firma auch trotz erfolgter Zustimmung des Geschäftsinhabers unzulässig wäre.

Aus § 23 H.G.B. könnte man schliessen, dass eine Veräusserung der Firma an sich zulässig, aber auf den Fall der Mitveräusserung des Geschäftes beschränkt ist. Diese Auffassung wäre irreführend. § 23 H.G.B. will gerade den Schluss ferne halten, als ob der Fall des § 22 H.G.B. eine Veräusserung der Firma sei, und den Grundsatz aufstellen, dass eine Veräusserung der Firma schlechthin unmöglich ist und dass alle darauf abzielenden Verträge nichtig sind. Dass die in § 22 H.G.B. geregelte Fortführung der Firma keine Veräusserung der Firma ist, dass es demnach überhaupt keine Veräusserung der Firma gibt, zeigt ein Vergleich des § 22 mit § 21 H.G.B., der die Fortführung der Firma bei Namensänderung regelt. Es ist ausgeschlossen, dass die Fortführung des § 22 einen anderen Sinn haben soll als in § 21 H.G.B. Wenn also die Fortführung des § 22 eine Veräusserung der Firma darstellt, so müsste es auch die Fortführung im Sinne des § 21 sein, was doch niemand behaupten wird. Wir können daher sagen: die Firma und damit das Recht an der Firma ist schlechthin unveräusserlich.

Als Persönlichkeitsrecht steht das Recht an der Firma im Gegensatze zu den Vermögensrechten, die sich entweder als Rechte an den Gegenständen darstellen und dann dingliche Rechte heissen oder sich doch mittelbar auf Gegenstände beziehen als Ansprüche des Berechtigten gegen eine Person inbezug auf Gegenstände und dann persönliche oder

Forderungsrechte heissen. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, dass auch das Persönlichkeitsrecht vermögensrechtliche Wirkungen äussern kann, besonders wenn seine Verletzung zugleich eine Vermögensbeschädigung für den Berechtigten zur Folge hat oder bei seiner Verwertung im Sinne des § 22 H.G.B. ein vermögensrechtlicher Anspruch des Geschäftsveräusserers gegen den Erwerber entsteht. Freilich gehen bezüglich dieser Frage die Ansichten weit auseinander. Selbst das Reichsgericht hat sich hier bald in dem einen, bald in dem anderen Sinne geäussert Das eine Mal (Entsch. Bd. 40, S. 412) nennt es das Recht des Kaufmannes auf ungestörten Gebrauch der Firma ein Vermögensrecht, da es seinem Erwerbsinteresse dient. Das andere Mal (Entsch. Bd. 9, S. 105) wird das Gegenteil behauptet. Für die letztere Ansicht, dass das Recht an der Firma ein Persönlichkeitsrecht und kein Vermögensrecht sei, spricht sich die überwiegende Mehrzahl der Autoren aus und zwar aus guten Gründen: das charakteristische Kennzeichen des Persönlichkeitsrechtes ist die Unveräusserlichkeit, wie sie auch beim Rechte an der Firma zutrifft. Verkehrt wäre es, zum Vergleiche gewisse Ersatzansprüche heranzuziehen, die nur unter besonderen Voraussetzungen übertragbar sind z. B. den Anspruch auf Schadensersatz im Falle des § 847 mit 823 B.G.B., der weder übertragbar ist noch auf die Erben übergeht, es sei denn, dass er anerkannt oder rechtsgängig geworden ist. Denn hier liegt ein vermögensrechtlicher Anspruch vor, der wegen der besonderen Art seines Entstehungsgrundes erschwerenden Bedingungen bei der Uebertragung unterworfen ist. Sodann ist dieser Schadenersatzanspruch eben nur ein Anspruch im Sinne des § 194 I B.G.B. und daher weit verschieden von einem Rechte im subjektiven Sinne. Das Recht entsteht mit seiner Anerkennung durch den Gesetzgeber; der Anspruch entsteht erst, wenn das Recht beeinträchtigt wird, ist also nur eine Folge der Rechtsverletzung z. B. der Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz bei Verletzung des Firmenrechtes. Ebenso Goldmann (Das Handelsges. b. Kom., 1901, Anm. zu § 37 II H.G.B , S. 175 II 1). Wohl dasselbe will

Engelmann (Das alte u. das neue bürg. R. Deutschl., 1899, S. 40) sagen, wenn er den Anspruch als ein Nebenrecht bezeichnet, das ohne das Recht nicht bestehen kann und nur seinen Ausdruck bildet.

Der beste Prüfstein für Vermögensrecht und Persönlichkeitsrecht sind jedoch Zwangsvollstreckung und Konkurs. Für das Verfahren in der Zwangsvollstreckung könnte nur die Bestimmung des § 857 Z.P.O. massgebend sein. Der Zwangsvollstreckung unterliegen nur Vermögensrechte. Soferne nicht die Rechte am unbeweglichen Vermögen in Betracht kommen, sind Gegenstände der Zwangsvollstreckung insbesondere körperliche Sachen und Forderungen. Die Zwangsvollstreckung in diese Art von Vermögensrechten erfolgt gemäss § 808 ff. bezw. 828 ff. Z.P.O. Da die Firma keine körperliche Sache ist und daher das Recht an der Firma kein dingliches Recht sein kann, da sie ferner auch nicht Gegenstand eines Forderungsrechtes ist, so muss sie, soferne sie einer Zwangsvollstreckung überhaupt fähig ist, unter die «anderen Vermögensrechte» des § 857 Z.P.O. fallen. Hier vollzieht sich dann die Zwangsvollstreckung gemäss den «vorstehenden Bestimmungen» d. h. grundsätzlich entweder durch Pfändung und öffentliche Versteigerung oder durch Pfändung und Ueberweisung zur Einziehung oder an Zahlungsstatt». Diese Vorgänge sind genau betrachtet nichts anderes als Veräusserungen von dinglichen bezw. persönlichen Rechten, setzen also voraus, dass die betreffenden Rechte überhaupt an sich veräusserlich sind. Die Firma kann daher nur dann zu den «anderen Vermögensrechten» des § 857 Z.P.O. gehören, wenn sie veräusserlich ist. Nach § 23 H.G.B. kann jedoch die Firma nur zugleich mit dem Handelsgeschäfte, für welches sie geführt wird, veräussert werden d. h. mit dem Komplexe von Rechten und Verbindlichkeiten, die durch die Person des Geschäftsinhabers und einen gemeinschaftlichen wirtschaftlichen Zweck, nämlich den Betrieb eines Handelsgewerbes, zusammengehalten werden. Selbst wenn wir unsere oben dargelegte Ansicht, dass die Firma schlechthin unübertragbar ist, einen Moment ausser Acht lassen und

dem Wortlaute des § 23 H.G.B. folgen, ist die Firma abgesondert vom Handelsgeschäfte und selbständig nicht veräusserlich und daher auch kein Vermögensrecht. Auch der Absatz III des § 857 Z.P.O., wonach ein unveräusserliches Recht der Pfändung insoweit unterworfen ist, als die Ausübung einem Andern überlassen werden kann, ist beim Firmenrechte nicht gegeben. Die Handelsvollmacht und insbesondere die Prokura ist lediglich eine besondere Art der Vertretung bei Abschluss von Rechtshandlungen und Geschäften, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt, nicht aber eine Ausübung des Firmenrechtes. Der Prokurist schliesst seine Geschäfte nicht «unter» der Firma und gibt nicht «unter» der Firma die Unterschrift ab, worin doch § 17 H.G.B. die wichtigsten Fälle der Ausübung des Firmenrechtes erblickt. Er übt nicht das Firmenrecht des Geschäftsinhabers, sondern ein selbständiges und besonders geregeltes Recht: das Recht des Prokuristen, aus, wenn er der Firma seinen Namen mit einem das Prokuraverhältnis andeutenden Zusatze beifügt. Anders in Buschs Archiv, Bd. 32, S. 67 ff. Das Firmenrecht findet somit in § 857 Z.P.O. in keiner Weise einen Platz, ist also auch kein Vermögensrecht. Ebenso Struckmann-Koch (Kom. z. Z.P.O., 1900, Anm. Nr. 1 zu § 857), Goldmann (das H.G.B., 1901, Anm. II, Nr. 1a zu § 17), Gaupp-Stein (Kom. z. Z.P.O., 1902, Bd. II, Anm. I, Ziffer 2 u. II zu § 857). Nach der Ansicht des letztgenannten Autors setzt die Anwendung des § 857 voraus, dass das Recht einen Geldwert repräsentiert, also durch den Vollstreckungsakt in Geld umgesetzt werden kann. Nun hat die Firma allerdings einen Vermögenswert, ohne deswegen Vermögensrecht zu sein. Dieser Vermögenswert kann aber nur bei Veräusserung der Firma zugleich mit dem Geschäfte, für das sie geführt wird, in Geld umgesetzt werden. Die Firma für sich allein kann daher nicht gepfändet werden und ist somit kein Vermögensrecht.

Ebenso wie der Zwangsvollstreckung sind auch dem Konkursbeschlage nur die Vermögensrechte unterworfen. Denn nach § 1 K.O. umfasst das Konkursverfahren das

gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners. Das Recht an der Firma könnte daher nur dann ein Vermögensrecht sein, wenn sie Bestandteil der Konkursmasse wäre. Dies ist aber nicht der Fall. Die Verwertung des Vermögens des Gemeinschuldners im Konkursverfahren ist nichts anderes als eine besondere Art der Veräusserung. Dem Konkursbeschlage können daher nur Rechte unterliegen, die an sich veräusserlich sind. Zu diesen veräusserlichen Rechten gehört jedoch, wie wir schon gesehen haben, die Firma nicht. Denn sie ist nach § 23 H.G.B. nicht für sich allein, sondern nur zugleich mit dem Handelsgeschäfte, für welches sie geführt wird, veräusserlich. Diese Veräusserung des Handelsgeschäftes als Ganzes kann natürlich auch im Konkurse erfolgen. Da das Firmenrecht mit der Konkurseröffnung nicht ohne weiteres erlischt, kann es auch im Konkurse zusammen mit dem Geschäfte veräussert werden. Abgesehen davon, dass diese Veräusserung auf Grund des § 23 H.G.B. überhaupt keine Uebertragung des Firmenrechtes enthält, wie oben ausgeführt wurde, liegt auch in dieser scheinbaren Veräusserung kein Anzeichen dafür, dass das Firmenrecht als Vermögensrecht anzusehen ist. Denn wäre dies wirklich der Fall, dann könnte die Veräusserung der Firma wie die eines beliebigen anderen Vermögensrechtes durch den Konkursverwalter erfolgen. Dies ist jedoch keineswegs zulässig. Vielmehr ist anzunehmen, dass diese Veräusserung der Firma im Konkurse derselben Einschränkung wie jede andere Veräusserung der Firma unterliegt d. h. dass die Fortführung der Firma durch den Erwerber des mitveräusserten Geschäftes der ausdrücklichen Einwilligung des bisherigen Geschäftsinhabers bedarf. Dieses Einwilligungsrecht geht durch die Konkurseröffnung nicht auf den Verwalter über. Dieser erhält nur die Ausübung des Verwaltungs- und Verfügungsrechtes über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners. Es muss sich somit immer um Rechte handeln, deren Ausübung einem Andern überlassen werden kann. Zu diesen Rechten gehört aber das Firmenrecht nicht. Daher kann auch das mit dem

Firmenrechte untrennbar verknüpfte Einwilligungsrecht des § 22 H.G.B. nicht auf den Verwalter übergehen. Ebenso wie der Gemeinschuldner Inhaber des Geschäftes bleibt, da der Konkursverwalter nach § 6 K.O. nur die Ausübung des Verwaltungs- und Verfügungsrechtes übertragen erhält, bleibt er auch Inhaber der Firma, unter welcher das Geschäft geführt wird. Da er auch während des Konkurses der Geschäftsinhaber ist, steht ihm auch das Einwilligungsrecht des § 22 H.G.B. zu. Aus all dem geht hervor, dass der Konkursverwalter zwar das Geschäft unter den Beschränkungen der §§ 134—137 K.O. ohne die Firma, die dann eben erlischt, wirksam veräussern kann, nicht aber die Firma ohne das Geschäft und, was hier das wichtigste ist, auch nicht die Firma mit dem Geschäfte. Im letzteren Falle muss vielmehr der Geschäftsinhaber d. h. der Gemeinschuldner nach § 22 H.G.B. seine ausdrückliche Einwilligung zur Fortführung der Firma durch den Erwerber des Geschäftes erteilen. Uebereinstimmend Jäger (Kom. z. K.O., 1904, Anm. 6a zu § 1), Goldmann (H.G.B., Anm. I 2b zu § 22), Staub (Kom. z. H.G.B., Bd. I, Anm. 5 zu § 22). Die Hauptgegner der hier vertretenen Ansicht sind Kohler (R. des Markensch., 1884, S. 232, Anm. 1) und Dernburg (Das bürg. R. des d. Reiches u. Preussens, Bd. I, § 99, Anm. 12). Beide halten das Erfordernis der Einwilligung des Gemeinschuldners in die Fortführung der Firma durch den Erwerber des Geschäftes für unzweckmässig. Insbesondere der erstere betont, dass eine Verwertung der Firma im Konkurse einfach unmöglich wäre, da es dem guten Willen des Gemeinschuldners anheimgegeben wäre, seine Einwilligung zu erteilen oder zu verweigern. Abgesehen davon, dass der Vermögenswert einer in Konkurs geratenen Firma in vielen Fällen höchst fragwürdig ist, ist es doch einzig und allein der persönlichen Tüchtigkeit des Geschäftsinhabers zu verdanken, wenn er seine Firma im Ansehen und in der Achtung der Geschäftswelt und des Publikums emporgehoben hat. Die Firma ist gleichsam ein Stück seiner eigensten Persönlichkeit, das nicht zur Verfügung des Konkursverwalters gestellt werden darf. Es ist daher ganz in

der Ordnung, wenn dem Geschäftsinhaber auch im Konkurse das Verfügungsrecht über seine Firma erhalten bleibt. Wenn die Firma im Einzelfalle keinen Vermögenswert hat, dann kann auch den Konkursgläubigern die Verweigerung der Einwilligung zur Fortführung der Firma nach § 22, H.G.B., seitens des Gemeinschuldners gleichgültig sein. Hat die Firma dagegen einen beträchtlichen Vermögenswert, dann darf dem Gemeinschuldner nicht die Möglichkeit benommen werden, diesen durch seine persönliche Tüchtigkeit geschaffenen Vermögensfaktor auch noch nach Beendigung des Konkurses zu verwerten, indem er unter seiner alten Firma ein neues Geschäft begründen und so sich wieder emporarbeiten kann. Würde man ihn, der vielleicht ohne jedes Verschulden in Konkurs geraten ist, auch noch der Aussicht berauben, durch Verwertung seines guten Namens sich eine neue Existenz zu gründen und wirtschaftlich wieder zu erstarken, so würde man damit zu einem Ergebnis gelangen, das mit dem Zwecke des Konkurses gar nichts zu tun hat und über seine Ziele weit hinaus geht. Es würde den Grundsatz: gleichmässige Befriedigung der Gläubiger durch einen andern: Vernichtung der Existenz des Schuldners ersetzen. Sodann würde sich auch durch die Zulassung der Veräusserung der Firma durch den Konkursverwalter ein ganz unbilliges Missverhältnis bezüglich des Umfanges der Befriedigung der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung und des Konkurses ergeben. Während die Firma, wie wir oben gesehen haben, nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist, würde sie bei der Universalvollstreckung zur Disposition der Konkursgläubiger stehen und durch Ausbeutung ihres Vermögenswertes zur Befriedigung der Gläubiger verwendet werden können. Die Gläubiger könnten sich im Konkurse an ein Vermögensobjekt halten, das sie bei der Singularexekution niemals antasten könnten. Sie würden mit einem Worte im Konkurse mehr bekommen als bei der Zwangsvollstreckung, ein Ergebnis, das für Gläubiger und Schuldner gleich unbillig wäre. Speziell bei Kohler, dem Vorkämpfer bei der Verfechtung des Persönlichkeitsrechtes, berührt es me k-

würdig, dass er dieses »Recht an den Gütern des eigenen leiblichgeistigen Wesens» seinem Träger im Konkurse so leichten Herzens entreissen und den Gläubigern zu ihrer Befriedigung preisgeben will.

Dernburg, der der gleichen Ansicht wie Kohler huldigt, weiss wenigstens juristische Argumente für seine Behauptung geltend zu machen, wenn er meint, die in § 22 H.G.B. erforderte ausdrückliche Einwilligung des Geschäftsinhabers gelte nicht im Falle des Konkurses; denn «hiermit wird nur der stillschweigende Uebergang der Firma bei Erwerb des Geschäftes, für welches sie dient, verworfen und dies für den Regelfall ausgesprochen. Dass der Konkursverwalter mit dem Geschäfte ausdrücklich auch die Firma veräussern darf, ist entsprechend anzunehmen. Die Gegenansicht ist wirtschaftlich unzweckmässig und entbehrt zutreffender gesetzlicher Begründung». Bezüglich der Frage nach der wirtschaftlichen Zweckmässigkeit wurde oben bereits das Entsprechende gesagt. Zugegeben nun, dass § 22 H.G.B. den stillschweigenden Uebergang der Firma bei Veräusserung des Geschäftes verhindern will, so folgt daraus nur, dass auch der Konkursverwalter die Firma nicht stillschweigend samt dem Geschäfte veräussern kann, nicht aber, dass er die Firma auf eigene Faust ausdrücklich veräussern darf. Dass «entsprechend dem § 22 H.G.B. im Falle des Konkurses die ausdrückliche Zustimmung des Konkursverwalters genügt», ist nicht richtig; denn solange uns der klare Wortlaut des Gesetzes zur Verfügung steht, brauchen wir nach keiner «entsprechenden Anwendung» zu suchen. Ferner ist der Konkursverwalter nicht der Geschäftsinhaber; daher hat er auch er auch nicht das Einwilligungsrecht, auch nicht bloss der Ausübung nach. Der Vorwurf des Mangels «zutreffender gesetzlicher Begründung» dürfte auf die eigene Ansicht Dernburgs besser als auf die hier vertretene anwendbar sein.

Die Firma unterliegt also weder der Zwangsvollstreckung noch dem Konkursbeschlage; insbesondere kann der Konkursverwalter sie nicht wirksam veräussern. Vgl. auch Entsch. des R.-Ger. in Zivil.-S., Bd. 9, S. 105. Sie ist daher kein

Vermögensrecht. Auch aus dem Umstande, dass die Firma des Kaufmannes ein sehr wertvoller Bestandteil seines Kapitals ist, da ein bewährter Handelsname die Kundschaft anzieht und Kredit gibt, folgt noch nicht, dass auch das Recht an der Firma ein Vermögensrecht sei. Denn für die Frage, ob ein Vermögensrecht oder Persönlichkeitsrecht vorliege, ist die Natur des Objektes entscheidend, nicht aber der Wert, den dieses Objekt durch äussere Umstände für den Berechtigten erlangt. Ueberhaupt wird es wenig Persönlichkeitsrechte geben, die nicht auch vermögensrechtliche Bedeutung gewinnen. Vgl. Mater. z. H.G.B., 1897, S. 170, 175; Bluntschli (D. Priv.-R., 1864, S. 376); Gierke (D. Priv.-R., 1895, Bd. I, S. 725); Gareis (in Buschs Archiv, Bd. 35, S. 199).

Durch die vorstehenden Ausführungen wurde die Grundlage geschaffen, auf der das Gebäude: der Schutz des Firmenrechtes, errichtet werden soll. Es musste dargelegt werden, wie die Firma als eine besondere Art des Personennamens zu betrachten ist, wie sich von diesem allgemeinen Firmenbegriffe in engerem Umfange der Begriff der Handelsfirma abhebt; es musste sodann eingehend das Verhältnis des Kaufmannes zu seiner Firma, das Recht an der Firma, erörtert werden, wobei dem Begriffe des subjektiven Rechtes sowie der Frage nach der Existenz und Bedeutung der Persönlichkeitsrechte näher zu treten war. Im folgenden wird sich des öftern die Gelegenheit ergeben, auf diese allgemeinen Betrachtungen Bezug zu nehmen und sie in einzelnen Punkten noch weiter klar zu stellen und zu ergänzen.

---

2. Kapitel.

Der auf dem Handelsgesetzbuche beruhende zivilrechtliche Schutz des Firmenrechtes.

§ 6.

Rechtsgeschichtliche Vorbemerkung.

Grundlegend ist hier die Bestimmung in § 37 II H.G.B.: «Wer in seinen Rechten dadurch verletzt wird, dass ein Anderer eine Firma unbefugt gebraucht, kann von diesem die Unterlassung des Gebrauches der Firma verlangen. Ein nach sonstigen Vorschriften begründeter Anspruch auf Schadensersatz bleibt unberührt».

Für die richtige Auslegung dieser Bestimmung ist es nicht ohne Bedeutung, die rechtgeschichtliche Entwicklung des Firmenschutzes in aller Kürze zu betrachten.

Vor dem allgemeinen deutschen H.G.B. war der Erlass handelsrechtlicher Bestimmungen in der Hauptsache eine Angelegenheit der Einzelstaaten. Es gab zwar auch ein gemeines deutsches Handelsrecht, dessen Quellen die römischen und kanonischen Rechtsbücher, einige Reichsgesetze und insbesondere der Handelsgebrauch waren. Doch für die Frage des Firmenschutzes hat es nichts von Bedeutung geleistet. Unter den einzelstaatlichen Gesetzgebungen ist hervorzuheben das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten vom 1. Juni 1794, das in Teil II, Tit. 8, Abschn. 7—15, das Handelsrecht regelte. Für die preussischen Rheinprovinzen enthielt der Code de commerce vom 1. Januar 1808 im I. Buch, Tit. 1, die entsprechenden Normen. Das in Preussen geltende Recht wurde auch dem preussischen Entwurfe eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches

für Deutschland zu grunde gelegt. Im 4. Titel des I. Buches «von den Handelsfirmen» bestimmte Art. 28: «Wer sich einer Firma bedient, welche ihm nicht zusteht, ist nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Führung eines falschen Namens zu bestrafen». «Auch kann gegen denselben von dem Handelsgerichte auf den Antrag eines jeden, welcher dadurch in seinen Rechten verletzt worden ist, auf Untersagung der Weiterführung der Firma und auf Schadensersatz erkannt werden». «Ueber das Vorhandensein und die Höhe des Schadens entscheidet das Handelsgericht nach seinem freien Ermessen». «Das Handelsgericht kann die Veröffentlichung des Erkenntnisses auf Kosten des Verurteilten verordnen». Diese Fassung wurde im wesentlichen im Art. 26 des Entwurfes nach den Beschlüssen der zweiten Lesung beibehalten. Doch wurde die Strafnorm des Absatz I als unanwendbar gestrichen, «weil in vielen Gesetzgebungen Bestimmungen über Führung falscher Namen fehlten». (Prot. der Kommiss. z. Berat. eines allg. d. H.G.B., Nürnberg 1857 S. 42). Art. 26 ging dann in Art. 27 des allg. d. H.G.B. über. Bei Abfassung des deutschen H.G.B. vom 10. Mai 1897 wurde Art. 27 dem § 36 des Entwurfes zugrunde gelegt. Doch wurde die besondere Normierung eines Anspruches auf Schadensersatz fallen gelassen, da das B.G.B. eine solche Verpflichtung aus schuldhaftem Verhalten allgemein anerkennt in § 823 ff. Auch Abs. II des Art. 27, wonach das Gericht über das Vorhandensein und die Höhe des Schadens nach freiem Ermessen entscheidet, war durch § 260 Z.P.O. älterer Fassung (jetzt § 287) entbehrlich geworden. Ebenso konnte die Bestimmung des Abs. III des Art. 27, wonach das Gericht berechtigt ist, die Veröffentlichung des auf Unterlassung der Fortführung der Firma oder auf Schadensersatz lautenden Urteils anzuordnen, in Wegfall kommen, da durch § 13 des Ges. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes v. 27. Mai 1896 ein genügender Ersatz geschaffen wurde. Vgl. Materialien z. H.G.B. 1897: Denkschrift, S. 21. Aus dieser kurzen Entstehungsgeschichte des § 37 II H.G.B. geht hervor, dass er gegen früher im wesentlichen nichts neues brachte. Die Auffassung der

Kommission zur Beratung eines allg. d. H.G.B., «dass weniger ein neues Recht zu schaffen als dasjenige in gesetzliche Normen zu bringen sei, was in dem Bewusstsein der zum Handelsstande gehörenden Personen bereits als Recht gelte», hat auch inbezug auf § 37 II H.G.B. noch ihre volle Berechtigung. Vgl. Archiv für zivil. Praxis, Bd. 32, S. 357.

§ 7.

Der Gebrauch einer Firma.

Einer eingehenden Erörterung bedarf vor allem die Frage, was alles unter Gebrauch der Firma zu verstehen sei. Die Verwendung der Firma kann im allgemeinen in der verschiedensten Weise erfolgen. Unter der Firma schliesst der Kaufmann Handelsgeschäfte ab, lässt er Liegenschaftsrechte im Grundbuche eintragen, führt er Aktiv- und Passivprozesse, gibt er die Unterschrift ab. Er benützt die Firma zur Bezeichnung seines Etablissements durch Anbringen an der Aussenseite des Geschäftes, besonders auf dem Ladenschild, ferner durch Anbringen auf den Waren des Geschäftes und deren Verpackung als Warenbezeichnung, auf Geschäftsbriefen, Drucksachen u. s. w. Doch sei schon hier bemerkt, dass die folgende Darstellung sich mit dem Gebrauche der Firma zur Warenbezeichnung vorerst nicht befassen wird; denn hier erhebt sich die Frage, ob dieser Gebrauch der Firma als Gebrauch im Sinne des § 37 II H.G.B. zu betrachten ist. Die Entscheidung dieser Frage erfordert ein näheres Eingehen auf das Warenzeichenrecht überhaupt und soll daher in einem späteren Abschnitte gesondert zur Darstellung gelangen.

Auch abgesehen von dieser besonderen Art des Firmengebrauches steht ausser Zweifel, dass sich die Verwendung der Firma nicht auf die Fälle des § 17 H.G.B. — Abschluss von Handelsgeschäften und Abgabe der Unterschrift — beschränkt, wie z. B. Anschütz-Völderndorff (Kom. z. allg. d. H.G.B., 1868, Anm. zu Art. 27, S. 209) behauptet. Vgl. Makower (Das allg. d. H.G.B., 1893, zu Art. 27, S. 46); Fuchsberger (Entscheidungen, S. 53, zu Art. 27); Olshausen

(Das Verh. des Namenr. z. Firmenr., 1900, S. 83). Es besteht jedoch die Einschränkung, dass die Tatsachen, in denen der Firmengebrauch gefunden wird, sich unmittelbar auf den Geschäftsbetrieb beziehen müssen d. h. die Firma muss «als» Firma gebraucht werden. Diese Beziehung zum Geschäftsbetriebe ist immer dann gegeben, wenn die Umstände darauf hinweisen, dass der die Firma gebrauchende sich dadurch als Inhaber eines bestimmten Geschäftes bezeichnen will. Die Benutzung muss, wie Kohler (Das R. des Markenschutzes, S. 14) sagt, «in kaufmännischer Weise» erfolgt sein. Dies setzt natürlich voraus, dass ein Geschäftsbetrieb wirklich stattfindet, also bereits begonnen hat oder doch demnächst begonnen werden soll. Kent (R.-Ges. z. Schutze der Warenbez., 1897, Ziff. 519). Für die Beschränkung auf den Gebrauch im Handelsbetriebe haben sich auch Frankenburger (D. deutsche H.G.B., 1898, S. 34), Düringer-Hachenburg (D. d. H.G.B., Kom., I. Bd, 1899), Gareis-Fuchsberger (D. allg. d. H.G.B., 1891) in ihren Bemerkungen zu § 37 II H.G.B., sowie Olshausen (Das Verh. des Namensr. z. Firmenrecht, 1900, S. 83) ausgesprochen. In den Protokollen der Nürnberger Kommission (1858, S. 924) ist zwar erklärt: «Mit Rücksicht auf Art. 18 (jetzt § 17 H.G.B.) liegt nur dann der Gebrauch einer Firma vor, wenn unter ihrer Anwendung ein Handelsgeschäft geschlossen, eine Unterschrift abgegeben wird und dergleichen», und damit der Gebrauch nach Art des § 17 H.G.B. zur Grundlage und zum Ausgangspunkte genommen, aber gleichzeitig durch den Beisatz «und dergleichen» zugegeben, dass der Gebrauch der Firma nicht strenge auf § 17 H.G.B. zu beschränken sei. Das ängstliche Festhalten an der Schranke des § 17 H.G.B. sollte nur die Vermutung abweisen, als ob auch die Bezeichnung von Waren mit der Firma unter Art. 27 = § 37 II H.G.B. zu stellen sei. Dies ergibt sich aus dem Beifügen (Prot. S. 925): «Den Fall der fälschlichen Bezeichnung von Waren habe der Art. 28 wie überhaupt der Titel über die Firmen gar nicht entscheiden wollen». Das Reichsgericht hat daher auch im Anschlusse an die Worte «und dergleichen» die Beschränkung des Firmengebrauches auf die Fälle des § 17

H.G.B. nicht anerkannt und ist in einer Reihe von Entscheidungen weit darüber hinausgegangen.

Wenn Gebrauch der Firma jede Art ihrer Verwendung im Geschäftsbetriebe ist, dann kann es auch keinen Unterschied machen, ob der Gebrauch schriftlich oder bloss mündlich erfolgt. Selbst wenn man einen Firmengebrauch nur in den engen Schranken des § 17 H.G.B. annehmen wollte, müsste man zugeben, dass Handelsgeschäfte unter der Firma auch mündlich abgeschlossen werden können. Ebenso Kent (R.-Ges. z. Schutze der Warenbez., 1897, Ziff. 562). Da die Firma auch ohne Eintragung ins Handelsregister zu Recht besteht, so steht nichts im Wege, auch ihre Anmeldung zum Handelsregister als Gebrauch zu betrachten. Nach den Ausführungen des Reichsgerichtes (Entscheid. in Zivils., Bd. 22, S. 58) liegt in der Anmeldung die Erklärung, dass der betreffende Kaufmann sei und unter der angemeldeten Firma seine Geschäfte betreibe, somit die Kundgabe eines für das Publikum gegenwärtigen Zustandes. Wenn daher auf Grund der Anmeldung der Eintrag erfolgt, dass der betreffende Kaufmann sei und unter der eingetragenen Firma seine Geschäfte betreibe, so ist dies schon ein Gebrauch der Firma.

Dass der Abschluss von Handelsgeschäften unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Firma erfolge, ist zum Gebrauche der Firma nach einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichtes (R.O.H. Bd. 14, Nr. 16) nicht erforderlich. Es kann daher das Betreiben eines Handelsgewerbes in einem Lokale, über welchen von früher her eine Firmenaufschrift steht, einen Gebrauch dieser Firma darstellen. Ebenso Litthauer (Allg. d. H.G.B. mit Anm., 1883, S. 38), und Kowalzig (Allg. d. H.G.B., 1876, S. 43) in ihren Bemerkungen zu Art. 27.

Ferner hat das Reichsgericht (Entsch. in Zivils., Bd. 5, S. 111) ausgesprochen, dass Gebrauch einer Firma auch vorliege, wenn der Name eines ausgetretenen Gesellschafters in die neue Firma der Gesellschaft durch Beifügen eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes aufgenommen werde, da für diese Fortführung die Zustimmung des aus-

getretenen Gesellschafters erforderlich sei, gleichgiltig, ob die Firma in unveränderter oder anderer Gestalt fortgeführt werde. § 24 II H.G.B.

Des weiteren liegt Gebrauch der Firma vor, wenn die frühere Firma, die jetzt einem Andern zusteht, mit einem das Nachfolgerverhältnis andeutenden Zusatze auf Memoranden am Kopfe derselben gebraucht wird, wenn auch in der Unterschrift die richtige neue Firma gezeichnet wird (Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 19, S. 24).

Endlich hat das Reichsgericht (Entsch. Bd. 56, S. 188) Gebrauch einer früheren Firma angenommen, wenn diese in die neue Firma aufgenommen wird, indem bei Veräusserung nur eines einzelnen Geschäftszweiges eines Handelsgeschäftes der Erwerber die alte Firma unter Beifügung eines Zusatzes fortführt.

Kein Gebrauch ist in der blossen Erwähnung der Firma zu erblicken, sofern diese Erwähnung sich nicht als Bestandteil der Firma des Gebrauchenden darstellt. Bolze (Praxis des R.-Ger. in Zivils., Bd. 16, Nr. 116).

Bei ähnlichen Firmen ist für die Frage, ob ein Gebrauch vorliegt, die Firma des Verletzten als Ganzes entscheidend. Darnach würde Gebrauch einer fremden Firma nicht vorliegen bei Gebrauch nur eines Teiles dieser Firma, sofern nicht dieser Teil auf die ganze Firma des Klägers schliessen lässt. Seufferts Archiv, Bd. 55, S. 297, Entsch. des R.O.H., Bd. 23, Nr. 49. Bei eingetragenen Firmen ist nach dem Wortlaute der Eintragung zu entscheiden, ob die Firma gebraucht ist. Eine davon abweichende Firma, deren sich der Kläger in Wirklichkeit bedient, geniesst nicht den Schutz des § 37 II, H.G.B. (Entsch. des R.O.H., Bd. 4, Nr. 53), Kowalzig (Allg. d. H.G.B., 1876, Anm. zu Art. 27, S. 42).

Besondere Bedeutung gewinnt die Frage bei mehreren an demselben Orte bestehenden Firmen, für die bekanntlich nach § 30 H.G.B. das Erfordernis der deutlichen Unterscheidung besteht. Infolge des wiederholten Vorkommens desselben Familiennamens am nämlichen Orte bestehen zwischen den damit gebildeten Firmen nur sehr geringe

Verschiedenheiten. Hier ist die kaufmännische Sitte zu beachten, nach welcher die Firma immer genau so, wie ihr Führer sie angenommen hat, gebraucht wird. Nur die Firmen, wie sie wirklich lauten, müssen sich daher deutlich unterscheiden. Wenn demnach nur objektiv ein deutlicher Unterschied besteht, ist Gebrauch einer Firma durch den Inhaber einer neuen Firma selbst dann nicht gegeben, wenn er unter seiner Firma ein gleiches Geschäft betreibt, wie das unter der bereits eingetragenen ähnlichen Firma betriebene ist. Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 20, S. 75. Dies wird besonders von Bedeutung, wenn jemand sich erst eine neue Firma wählen will. Vgl. insbes. Brinckmann im Archiv f. zivil. Praxis, Bd. 34, S. 153 ff.

Kein genügendes Unterscheidungsmerkmal und daher Gebrauch einer Firma ist gegeben, wenn die Firma des Klägers von der des Beklagten sich lediglich durch den Zusatz «in Liquidation» unterscheidet. Dagegen liegt ein Gebrauch nicht vor bei Eintragung einer Firma, die mit einer bereits tatsächlich erloschenen, aber noch eingetragenen Firma gleichlautend ist. Die zweite Firma hätte zwar im Interesse der öffentlichen Ordnung nicht eingetragen werden dürfen; aber dies gibt dem Inhaber der ersten Firma noch kein Klagerecht aus § 37 II H.G.B. Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 29, S. 67.

§ 8.

Die Unbefugtheit des Firmengebrauches.

Der unter § 7 näher umschriebene Firmengebrauch muss unbefugt erfolgen. Dies ist gleichbedeutend mit widerrechtlich. Eines widerrechtlichen Gebrauches aber macht sich jeder schuldig, der kein Recht zum Gebrauche hat. Dieses Recht fehlt ihm, wenn der Gebrauch unter Verletzung einer Vorschrift über das Firmenrecht geschieht. Dass § 37 II H.G.B. sich auf Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften des III. Abschnittes des I. Buches beschränken will, zeigt schon die Fassung des § 37 I H.G.B. der von einer «nach den Vorschriften dieses Abschnittes nicht zustehenden Firma

redet. Es ist nicht anzunehmen, dass der unbefugte Gebrauch einer Firma etwas anderes sein soll als der Gebrauch einer nicht zustehenden Firma. Beides bedeutet eben den unberechtigten Gebrauch. Diese Ansicht ist vertreten bei Goldmann (Das H.G.B., 1901, S. 175 1a) und Staub (Kom. z. H.G.B., 1900, Bd. I, S. 181) in ihren Bemerkungen zu § 37 II, H.G.B. Düringer-Hachenburg (Das d. H.G.B., Kom. I. Bd., 1899, S. 140) nennt unbefugten Gebrauch hier einen jeden, der das objektive Recht oder ein Privatrecht eines dritten verletzt, Anschütz-Völderndorff (Kom. z. allg. d. H.G.B., 1868, Anm. z. Art. 27, S. 210) jeden Firmengebrauch, der durch das Gesetz oder gültige Privatbestimmung d. h. vertragsmässige Verpflichtung untersagt ist, Makower (Das allg. d. H.G.B., 1893, Anm. z. Art. 27, S. 46) sogar jede Verletzung des öffentlichen Interesses. Mit Recht hält Staub dem entgegen, dass bei Verletzung von Privatrechten die Regeln über die Verletzung dieses Privatrechtes Platz greifen, bei Verletzung des öffentlichen Rechtes dagegen die betreffende öffentliche Behörde einzugreifen hat. Die blosse Tatsache, dass die Führung der berechtigten Firma sich als unlautere Konkurrenz darstellt, begründet noch nicht die Anwendbarkeit des § 37 II H.G.B. Hier greifen später zu erörternde Vorschriften ein.

Die Firmenführung muss objektiv unbefugt sein d. h. tatsächlich zu den Vorschriften des III. Abschnittes des I. Buches im Widerspruche stehen, ohne dass irgend ein Grad des Verschuldens erforderlich wäre. Auch der gute Glaube bezüglich der Erlaubtheit des Gebrauches vermag die Anwendung des § 37 II H.G.B. nicht auszuschliessen, noch weniger der gutgläubige Erwerb, da § 932 B.G.B., nur für bewegliche Sachen, nicht aber für Rechte gilt.

Der Umstand, dass die Firma nicht ins Handelsregister eingetragen ist, macht den Gebrauch nicht unbefugt, da die Firma auch ohne Eintragung zu Recht besteht und § 37, H.G.B., sich nicht auf die eingetragenen Firmen beschränkt.

Dagegegen fehlt die Widerrechtlichkeit des Gebrauches, wenn dem Beklagten die Benutzung der Firma vom Berechtigten gestattet wurde. Es wurde zwar oben behauptet,

dass das Firmenrecht schlechthin und zwar auch der Ausübung nach unübertragbar ist. Daraus folgt aber nicht, dass ein Gebrauch der Firma, der trotzdem mit Zustimmung des Firmeninhabers erfolgt, nun ihm gegenüber widerrechtlich wäre und dass ihm das Klagerecht aus § 37 II H.G.B. zur Seite stünde. Dies würde dem allgemeinen Grundsatze: Volenti non fit injuria widersprechen.

Anders liegt die Sache, wenn jemand sich fälschlich als bestellter Vertreter der Firma geriert und in dieser Eigenschaft Handelsgeschäfte schliesst (Entsch. des R.O.H., Bd. 21, Nr. 69).

Die Einwilligung des Ehemannes in die Führung seines Namens als Firma des von seiner Frau nach der Ehescheidung begründeten Geschäftes macht den Gebrauch dieser Firma durch die Frau zu einem befugten, da § 1577 III B.G.B., hier nicht zutrifft. Dagegen vermag die Einwilligung des Vaters in die unbefugte Firmenführung vor der Eintragung dem gleichnamigen Sohne das Klagerecht nicht zu nehmen und die Führung der den Namen von Vater und Sohn enthaltenden Firma durch einen Andern auch dem Sohne gegenüber zu einem befugten zu machen, da das Namenrecht des Sohnes selbständig ist und nicht zur Verfügung des Vaters steht. Vgl. Düringer-Hachenburg (Das H.G.B., Kom., I. Bd., 1899, zu § 37 II H.G.B.).

Die Ausschliesslichkeit des Rechtes auf den Gebrauch der Firma zessiert, wenn einem Andern die gleiche Befugnis zusteht. Demgemäss versagt der Schutz des § 37 II, H.G.B., gegenüber dem rechtmässigen Namensvetter. Dem kann auch nicht durch Konstruktion eines Rechtes auf ausschliesslichen Gebrauch einer bestimmten Schreibweise bei Gebrauch der Firma entgegengetreten werden. Denn ein solches Recht ist im Firmenrecht überhaupt nicht enthalten. Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 2, S. 141. Doch müssen die Vorschriften über das Erfordernis der deutlichen Unterscheidung nach § 30 H.G.B., eingehalten werden, wobei das Gesetz freilich voraussetzt, dass die Identität der Firma von den Interessenten mit der im Verkehre erforderlichen

Sorgfalt geprüft wird, wenn es ihnen auch keine eingehende Untersuchung zumutet.

Unbefugter Gebrauch ist ferner nicht gegeben, wenn der Beklagte den in der Firma einer Aktiengesellschaft enthaltenen Ortsnamen in seiner Firma verwendet. Denn als Name der Aktiengesellschaft ist nur ihre Firma als Ganzes in Betracht zu ziehen und dem von der Oertlichkeit hergenommenen Worte kann keine von der Firma abgelöste Bedeutung beigelegt werden. Bolze (Praxis des R.-Ger. in Zivils., Bd. 17 Nr. 123).

Unbefugter Gebrauch nach § 37 II H.G.B. dürfte auch dann nicht vorliegen, wenn ein Kaufmann nach Veräusserung seines Geschäftes nebst der seinen bürgerlichen Namen enthaltenden Firma am nämlichen Orte unter der gleichen Firma sich neu etabliert unter Beifügung des in § 30 H.G.B. verlangten unterscheidenden Zusatzes. Hahn (Kom. z. allg. d. H.G.B., Bd. I, 1894, zu Art. 27, S. 193) will hier Art. 27 I § 37 II anwenden. Dem steht entgegen, dass oben die Anwendbarkeit des § 37 II H.G.B. auf die Verletzung der Vorschriften des III. Abschnittes beschränkt wurde, eine solche Verletzung aber hier nicht gegeben ist. Zudem bietet sich dem Erwerber des Geschäftes genügende Hilfe in § 8 des Wettbewerbsgesetzes und eventuell in § 826 B.G.B., wovon weiter unten zu handeln sein wird.

Wesentlich anders gelagert ist der Fall, wenn jemand ein Geschäft erwirbt, das Geschäft dann aufgibt und die miterworbene Firma des aufgegebenen Geschäftes auf ein neu begründetes Geschäft überträgt. Mit dem Aufgeben d. h. Erlöschen des bisherigen Geschäftes ist auch seine Firma erloschen. Wenn trotzdem die Firma für ein anderes Geschäft fortgeführt wird, so wird dadurch der Grundsatz, dass die Firma mit dem Geschäfte, für das sie begründet wurde, untrennbar verbunden ist, indem sie zur Bezeichnung des Kaufmannes als Inhaber eines bestimmten Geschäftes dient, verletzt. Wenn das Geschäft aufgegeben wird und damit untergeht, so hört damit auch der Kaufmann auf, Inhaber dieses Geschäftes zu sein, und erlischt die ihn als Inhaber dieses Geschäftes kennzeichnende Firma.

Die gesetzliche Bestimmung, die hier verletzt wird, ist § 23 H.G.B., da die Uebertragung der Firma auf ein neues Geschäft nichts anderes als eine Veräusserung der Firma ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, ist. Ebenso Kohler (Das R. des Markensch., 1884, S. 127).

Ebenso ist ein unbefugter Gebrauch gegeben, wenn jemand eine Firma von einer Person erwirbt, die überhaupt kein Handelsgeschäft betreibt, da dies gleichbedeutend ist mit einem Erwerbe der Firma ohne das Handelsgeschäft, der nach § 23 H.G.B., verboten ist. Dieser Firma gegenüber ist der Gebrauch der gleichlautenden rechtmässigen Firma befugt. Entsch. des R.O.H., Bd. 6 Nr. 57.

Desgleichen ist befugt der Gebrauch der Firma durch den Erwerber, obschon der Veräusserer die Aktiva zurückbehalten und die Ordnung der Passiva übernommen hat. Entscheidend ist die Kontinuität des Geschäftsbetriebes, die hier gegeben ist, da sie durch die Uebertragung bestimmter anderer Geschäftsbestandteile vermittelt wird. Entsch. des R.Ger. in Zivils., Bd. 25, S. 3, Kohler (Das R. des Markensch., S. 127).

Unbefugt ist auch der Firmengebrauch bei einer offenen Handelsgesellschaft, wenn ohne die Absicht, das Geschäft gemeinschaftlich zu betreiben, von einem Einzelkaufmanne ein Gesellschafter lediglich zu dem Zwecke beigezogen wurde, damit ein konkurrenzfähiger Name in die Firma kommt. Denn die off. H.-G. verlangt zu ihrer Entstehung nicht bloss die Eintragung, sondern auch einen wirklichen Geschäftsbetrieb unter der gemeinschaftlichen Firma der mehreren Personen §§ 105, 106 H.G.B. Wenn die Gesellschaft auch dritten gegenüber wirksam ist, § 123 H.G.B., so liegt hier doch eine Umgehung der Vorschrift des § 18 H.G.B. vor, wonach ein Einzelkaufmann keine Gesellschaftsfirma haben darf. Entsch. des R.-Ger., Bd. 37, S. 60. Auch Goldmann (Das H.G.B., 1901, zu § 37, S. 173, 2b) ist der Ansicht, dass unter § 37 H.G.B., auch alle Umgehungen der Vorschriften des III. Abschnittes des I. Buches fallen.

Von einem unbefugten Gebrauche kann schliesslich keine Rede sein in Fällen, in denen das Recht auf ausschliesslichen Gebrauch entfällt, also bei gemeingebräuchlichen Firmen. Kent (Das R.-G. z. Schutze d. Warenbez., 1897, Ziff. 547).

§ 9.

Die Rechtsverletzung.

Der im vorstehenden näher dargelegte unbefugte Gebrauch muss eine Rechtsverletzung verursacht haben. Die Frage, was hier unter Rechtsverletzung zu verstehen sei, hat in der Litteratur und Praxis eine verschiedene Beantwortung gefunden. Die einen, so Cosack (Lehrb. des bürg. R., 1903, S. 86), Frankenburger (Das H.G.B., 1898, zu § 37 II, S. 34) und Gareis-Fuchsberger (Das allg. d. H.G.B., 1891, zu Art. 27) verlangen in Anlehnung an die Wortfassung des Gesetzes die Verletzung irgend eines wirklichen Rechtes des Klägers. Hahn (Kom. z. allg. d. H.G.B., Bd. I, 1894, zu Art. 27 I, S. 193) hält die Klage überall da für zulässig, wo ein besonderes Interesse dargetan wird. Die anderen wollen Recht im weitesten Sinne aufgefasst wissen und es mit einem berechtigten Interesse identifizieren, so Goldmann (Das H.G.B., 1901, zu § 37 II, S. 175, 2a), Düringer-Hachenburg (Das d. H.G.B., Bd. I, 1899, zu § 37) und Kohler (Das R. des Markensch., S. 14), indem sie sich auf den Kommissionsentwurf zum neuen H.G.B. berufen, der an der entsprechenden Stelle (jetzt § 37 II) lautete: «Wer in seinen berechtigten Interessen dadurch verletzt wird». Diese Fassung war vorgeschlagen worden zur Ausschliessung der Annahme, dass der Nachweis eines besonderen Interesses neben der Rechtsverletzung erforderlich wäre. Auch die Denkschrift (Entwurf eines H.G.B. nebst Denkschr., amtl. Ausgabe, 1896, S. 44, Material. z. H.G.B., 1897, Denkschr., S. 21) gewährte u. a. die Klage aus § 37 II, wenn durch einen nach § 18 II H.G.B. verbotenen Zusatz zur Firma die berechtigten Interessen eines Andern verletzt wurden. Man war dabei von der Ansicht geleitet, durch

eine möglichst weitgehende Auslegung des Begriffes «Recht» alle Fälle der Beeinträchtigung durch unbefugte Firmenführung zu treffen. Schon diese Tendenz dürfte zur Abweisung der zweiten Ansicht: Recht = berechtigtes oder besonderes Interesse, führen. Zum ersten hat das Warenschutzgesetz, dessen einschlägige Bestimmungen später zu betrachten sind, einen weitgehenden Schutz des Firmenrechtes vorgesehen, woraus abzunehmen ist, dass die in § 37 II H.G.B. hineingelegte Tendenz weit über das wirkliche Bedürfnis hinausschiesst. Andere später zu behandelnde Vorschriften finden sich im Wettbewerbgesetz, im B.G.B. und Strafgesetzbuche, die die extensive Interpretation des § 37 II H.G.B. für überflüssig erscheinen lassen. Sodann steht dieser Auffassung auch der klare Wortlaut des Gesetzes entgegen, aus dessen Fassung sich eine auf die Ergreifung des berechtigten Interesses hinzielende Absicht in keiner Weise erkennen und rechtfertigen lässt, zumal ausserdem zwischen Recht und Interesse eine unüberbrückbare Kluft besteht, die durch keine extensive Interpretation ausgefüllt werden kann und darf. Dazu kommt, dass schon der Entwurf zum Allg. d. H.G.B. von 1861 nach den Beschlüssen der dritten Lesung in Art. 27 ausdrücklich von Rechtsverletzungen redet. Ferner wurde, wie schon erwähnt, die Fassung: «Wer in seinen berechtigten Interessen verletzt wird» im Entwurfe nur gewählt, um die falsche Ansicht fernzuhalten, als wäre neben der Rechtsverletzung ein besonderes Interesse nachzuweisen. Darin liegt nicht nur keine Stütze für die damit zu bekräftigende Ansicht von Goldmann und Düringer-Hachenburg, sondern geradezu ein Gegenargument, indem ausdrücklich von einer Rechtsverletzung die Rede ist. Es ist somit daran festzuhalten, dass nur eine wirkliche Rechtsverletzung die Klage aus § 37 II H.G.B. begründet. Eine solche Rechtsverletzung liegt ganz allgemein dann vor, wenn der Kläger ein Recht auf die Firma, der Beklagte aber kein Recht darauf hat. Puchelt (Das allg. d. H.G.B., Kom., 1874, zu Art. 27, S. 87).

Das verletzte Recht kann sein:

a) Das Firmenrecht eines Andern. Von einer solchen Verletzung kann nur die Rede sein beim Vollkaufmanne und bei den bezüglich des Firmenrechtes ihm gleichgestellten Handelsgesellschaften und sonstigen Personenverbänden; denn nur in diesem Umfange hat das H.G.B. ein Firmenrecht anerkannt.

b) Das Recht am bürgerlichen Namen. Dieses Recht kann verletzt werden beim Vollkaufmanne und jeder anderen Person, der dieses Recht nach § 12 B.G.B. zusteht.

c) Jedes beliebige andere Recht einer Person.

Nicht erforderlich ist, dass die Rechtsverletzung gerade das Vermögen trifft, obschon dies der häufigste Fall zu sein pflegt, da hier die empfindlichste Stelle des Geschäftsmannes in Betracht kommt. Es ist, wie das Reichsgericht (Entsch. Bd. 19, S. 22) ausführt, ohne Belang, ob ein besonderes Interesse des Klägers verletzt ist. Es genügt eine Verletzung in seinen Rechten. Da oben Recht als rechtlich geschütztes Interesse definiert wurde, kann in dieser Entscheidung die Interessen-Verletzung nur dann verständlich sein, wenn sie als Vermögensbeschädigung aufgefasst wird. Ist einmal eine Rechtsverletzung festgestellt, dann ist der Nachweis eines besonderen Schadens bei Erhebung der Untersagungsklage aus § 37 II H.G.B. entbehrlich. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass in Wirklichkeit doch ein Schaden entstanden ist. Der Kläger hat nur einen Beweisvorteil. Hatte jedoch die Verletzung einen Vermögensschaden nicht zur Folge, so hat der Kläger nur dann Erfolg, wenn ihm ein Verbietungsrecht bezüglich des Firmengebrauches gegenüber dem Beklagten zusteht, dieser also ihm gegenüber zur Unterlassung des Firmengebrauches verpflichtet ist, obschon er an sich ein Recht auf Führung der Firma hat. Dabei ist jedoch zu beachten, dass diese Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung lediglich die in § 37 II H.G.B. geforderte Rechtsverletzung enthält, nicht aber den Gebrauch der Firma an sich unbefugt macht. Denn die Unbefugtheit des Gebrauches muss sich, wie schon in § 8 dieser Darstellung erwähnt, aus einer Vorschrift des III. Abschnittes des I. Buches des H.G.B. er-

geben. Vgl. Olshausen (Das Verh. des Namens z. Firmenr., S. 85).

Kann der Verletzte auch ein solches Verbietungsrecht nicht geltend machen, so ist es ihm anheimgestellt, auf andere Weise den Nachweis zu führen, dass er zur Firmenführung befugt ist, der Beklagte aber nicht. Entsch. des R.O.H., Bd. 4, Nr. 53, Gareis-Fuchsberger (Das allg. d. H.G.B., 1891. zu Art. 27).

Ein allgemeines subjektives Recht auf ungestörte Betätigung in dem einmal eroberten Absatzgebiete hat der Gesetzgeber nicht anerkannt. Daher kann auch in dem Falle keine Rechtsverletzung vorliegen, «wenn das ganze Verhalten des Beklagten darauf abzielt, mittels des unbefugten Gebrauches seiner ähnlichen Firma in das Absatzgebiet des Klägers auf dem Wege von Irreleitungen des Publikums einzugreifen und daher denselben im berechtigten Genusse wirtschaftlicher Güter zu stören». Mit diesen Worten will das Reichsgericht eine Rechtsverletzung und damit die Anwendbarkeit des § 37 II H.G.B. begründen. Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 22, S. 58; Bolze: Praxis des R.-Ger. in Zivils., Bd. 21, Nr. 149, Blätter f. Rechtsanwend., 1896, S. 86.

Ebensowenig ist eine Rechtsverletzung vorhanden, wenn der Beklagte durch Gebrauch einer ihm zustehenden Firma dem Kläger unlautere Konkurrenz bereitet. Hier greifen das Warenschutzgesetz und Wettbewerbgesetz ein. Dementsprechend kann auch die blosse Schädigungsabsicht nicht die Anwendung des § 37 II H.G.B. begründen, noch weniger der Umstand, dass ohne jede darauf gerichtete Absicht der Beklagte durch den berechtigten Gebrauch seiner Firma dem Kläger einen Schaden zugefügt hat. Ebenso Anschütz-Völderndorff (Kom. z. allg. d. H.G.B., 1868, zu Art. 27, S. 210); denn der Nutzen des Einen ist stets der Schaden des Andern und auch der Gesetzgeber kann nicht das Unmögliche vollbringen, dem Geschäftsmanne jede Konkurrenz vom Leibe zu halten.

Von einer Rechtsverletzung kann natürlich auch dann keine Rede sein, wenn der Kläger dem Beklagten den Ge-

brauch seiner Firma vereinbarungsgemäss gestattet hat. Dem steht § 23 H.G.B. nicht im Wege, da Gestattung des Gebrauches von einer Veräusserung insoferne verschieden ist, als dem Kläger sein Firmenrecht ungeschmälert verbleibt und nur dem Beklagten gegenüber nicht geltend gemacht werden kann d. h. ruht.

Eine Rechtsverletzung wäre auf Grund des § 18 II H.G.B. gegeben, wenn die durch Beifügung eines Zusatzes zur Firma herbeigeführte Täuschung sich als Verursachung der Verwechslung mit der Firma eines Andern darstellen würde; sie ist jedoch ausgeschlossen, wenn diese Zusätze tatsächlich wahre Angaben enthalten, die über die Art oder den Umfang des Geschäftes oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers Auskunft geben oder sonst zur Unterscheidung der Person oder des Geschäftes dienen, wobei es gleichgültig ist, ob diese Angaben eine Verwechslung mit der Firma eines Andern herbeiführen können oder nicht. Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 54, S. 183. Ebenso ist bei Benützung eines häufig vorkommenden Familiennamens als Firma nicht jeder, der den gleichen Familiennamen trägt, ohne weiteres in seinem Rechte auf ausschliesslichen Gebrauch seines Namens verletzt, es müsste sich denn aus besonderen Umständen eine diesbezügliche Absicht des Beklagten ergeben. Ebenso Hahn (Kom. z. allg. d. H.G.B., Bd. I, 1894, zu Art. 27 I, S. 192). Die in § 18 II H.G.B. für zulässig erachteten Zusätze zur Firma erleiden in § 30 H.G.B. eine Einschränkung zum Schutze der am nämlichen Orte oder in derselben Gemeinde bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen durch das Erfordernis der deutlichen Unterscheidung d. h. die nach § 18 II H.G.B. an sich gestatteten Zusätze sind verboten, soweit dadurch die deutliche Unterscheidung der neuen Firma von den eingetragenen Firmen desselben Ortes oder derselben Gemeinde in Frage gestellt würde. Es würde daher bei Zuwiderhandlung gegen diese Vorschrift eine Rechtsverletzung vorliegen. Dagegen ist die Annahme eines Zusatzes zur Firma, den bereits eine eingetragene Firma an einem anderen Orte hat, keine Rechtsverletzung im Sinne des § 37 II H.G.B. Hier

kann § 14 des Warenschutzgesetzes bezw. § 8 des Wettbewerbsgesetzes zur Anwendung kommen. Das Reichsgericht (Entsch. in Zivils., Bd. 3, S. 165) hat auch den der Firma beigefügten Zusatz «einzig» als Rechtsverletzung erklärt und dies aus § 18 II H.G.B. begründet, in dessen Rahmen der bezeichnete Zusatz keinen Platz finde. Wenn daher der Kläger ein Geschäft derselben Art betreibe und der Zusatz nach § 18 II H.G.B. nicht ausdrücklich gestattet sei, da er nicht zur Unterscheidung der Person oder des Geschäftes diene, sei eine Rechtsverletzung gegeben. Ob das Recht auf deutliche Unterscheidung der Firmen nach § 30 H.G.B. verletzt ist, muss sich aus den Umständen des Einzelfalles ergeben. Diese Unterscheidung braucht durchaus nicht besonders deutlich in die Augen zu fallen. Man darf schon verlangen, dass, wer mit einem Geschäfte zu tun hat, sich über die Identität jener Firma mit der im Verkehre erforderlichen Sorgfalt vergewissert, ohne deswegen eine eingehende Untersuchung vorauszusetzen.

§ 10.

Verhältnis von Unbefugtheit und Rechtsverletzung.

Unter § 8 wurde dargelegt, dass unbefugter Firmengebrauch nur bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften des III. Abschnittes des I. Buches und den Umgehungen dieser Vorschriften gegeben ist. Unter § 9 ergab sich das Resultat, dass jede Rechtsverletzung zur Erhebung der Klage berechtigt. Daraus könnte man den Schluss ziehen, dass die Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften des III. Abschnittes des I. Buches und die Rechtsverletzung dasselbe seien d. h. dass eine Rechtsverletzung und damit ein Klagerecht nur bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Handelsfirma gegeben sei. Diese Schlussfolgerung wäre unberechtigt. § 37 II H.G.B. verlangt zwar, dass die Rechtsverletzung durch unbefugten Firmengebrauch verursacht sei d. h. durch Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften des Firmenrechtes. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass die Zuwiderhandlung selbst eine Rechtsverletzung d. h. Verletzung eines Privatrechtes eines Andern

sein muss. Sie ist es nur dann, wenn die betreffende verletzte Vorschrift des III. Abschnittes dem Kläger zugleich ein subjektives Recht gewährt, das durch die Zuwiderhandlung betroffen wird. Daneben sind aber wohl Fälle denkbar, in denen die Zuwiderhandlung, gegen eine Vorschrift des III. Abschnittes ein auf anderen Vorschriften begründetes Recht des Klägers beeinträchtigt. Man wende nicht ein, bei Verletzung eines nicht auf den III. Abschnitt gegründeten Rechtes komme ein Schutz des Firmenrechtes überhaupt nicht in Frage und sei daher diese Art von Rechtsverletzungen aus einer Abhandlung über den Schutz des Firmenrechtes auszuschalten, da dieses ja im III. Abschnitt des I. Buches des H.G.B. erschöpfend geregelt sei. Diesem Einwande ist entgegenzuhalten, dass unsere Abhandlung nicht nur den Schutz des Firmenrechtes als subjektiven Privatrechtes darstellen und somit nur die Fälle untersuchen will, in denen jemand in seinem Firmenrechte verletzt wird, sondern ganz allgemein die Massregeln in Erwägung ziehen will, durch welche die dreifachen Interessen, die bei der Ordnung des Firmenrechtes in Betracht kommen, nämlich die Interessen des Einzelnen, der Gesellschaft und des Staates, wahrgenommen und geschützt werden. Von diesem Gesichtspunkte aus kann der Schutz des Firmenrechtes nicht in der engen Bedeutung eines Schutzes des Einzelnen gegen Verletzung seines Firmenrechtes aufgefasst werden; denn die Klage aus § 37 II H.G.B. gewährt nicht nur dem Einzelnen Schutz gegen jede Rechtsverletzung, sondern bietet zugleich einen wirklichen Schutz des Firmenrechtes, insoweit das Interesse der Gesellschaft in Frage kommt, das, abgesehen vom Eingreifen des Staates selbst, eben nur durch diese Klage des Einzelnen wahrgenommen und durchgesetzt werden kann.

§ 11.

Der richtige Kläger.

Soweit die im vorstehenden aufgeführten Voraussetzungen zutreffen, ist dem Verletzten ein Klagerecht gegeben. Als Kläger kann in Betracht kommen:

1. Ein Kaufmann. Dieser kann Vollkaufmann sein oder Minderkaufmann. Auf letzteren finden gemäss § 4 I H.G.B. die Vorschriften über die Firma keine Anwendung. Man kann daher sagen, dass er keine Firma im Sinne des H.G.B. hat. Er muss also sein Geschäft unter seinem bürgerlichen Namen betreiben. Ersterer hat notwendigerweise eine Firma, § 17 H.G.B. Doch ist deren Eintragung ins Handelsregister nicht unbedingt erforderlich. Notwendige Voraussetzung des Firmenschutzes ist die Eintragung nur bei Kaufleuten nach § 2 H.G.B., deren Unternehmen erst durch die Eintragung der Firma als Handelsgewerbe angesehen wird und die erst dadurch der Kaufmannseigenschaft und des Firmenschutzes teilhaftig werden. Unrichtig ist daher die Ansicht von Puchelt (Kom. z. allg. d. H.G.B., 1874, zu Art. 27, S. 57), dem die Eintragung der Firma überhaupt gleichgültig ist.

2. Eine nach § 6 H.G.B. den Kaufleuten gleichgestellte Handelsgesellschaft oder ein sonstiger Personenverband, auf den die Vorschriften über Kaufleute oder Handelsgesellschaften entsprechende Anwendung finden z. B. die eingetragene Genossenschaft nach § 17 II Gen.-Ges. und der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit nach § 16 d. Ges. üb. d. priv. Vers.-Untern. Diese Verbände müssen notwendigerweise eine Firma haben, durch die sie sich als eine einheitliche Rechtspersönlichkeit darstellen. Bei den eigentlichen Handelsgesellschaften ist auch Eintragung der Firma erforderlich, wenn sie nach aussen Wirksamkeit erlangen wollen. Für die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft gilt jedoch die Besonderheit, dass sie, wenn sie schon vor der Eintragung ihren Geschäftsbetrieb beginnen, auch schon in diesem Zeitpunkte als nach aussen von den einzelnen Mitgliedern unterscheidbares Rechtssubjekt zur Existenz gelangt und damit auch des Firmenschutzes teilhaftig sind § 123, 176 H.G.B. Die übrigen Handelsgesellschaften, nämlich die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien, bedürfen zur Wirksamkeit gegen Dritte unbedingt der Eintragung in das Handelsregister des Ortes, an dem sich der Sitz der Gesell-

schaft befindet § 200, 320 H.G.B. Die stille Gesellschaft ist überhaupt keine Handelsgesellschaft. Daher finden die Vorschriften über Kaufleute und insbesondere über die Firma auf sie keine Anwendung. Vgl. § 6 H.G.B. «Handelsgesellschaften» mit der Ueberschrift des II. Buches: «Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft». Sie ist daher als solche des Firmenschutzes nicht teilhaftig. Die Ges. m. b. H. hat notwendigerweise eine Firma und bedarf zur Entstehung der Eintragung ins Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft § 11 d. Ges. m. b. H. Dasselbe gilt von der eingetr. Genossenschaft § 13 Gen.-Ges. Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit gelangt zur rechtlichen Existenz durch die von der Aufsichtsbehörde erteilte Erlaubnis zum Geschäftsbetriebe und hat notwendigerweise eine Firma. Da die die Firma enthaltende Satzung mit dem Antrage auf Erteilung der Erlaubnis zum Geschäftsbetriebe einzureichen ist, hat der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit auch schon vor der Eintragung eine Firma und kann daher schon vor dieser Eintragung klageberechtigt sein §§ 15, 16, 18, 4, 30 des Ges. üb. d. Privatvers.

3. Als Kläger kann auch ein Nichtkaufmann in Betracht kommen, wenn sein Name unbefugt in eine fremde Firma aufgenommen ist. Ebenso Kohler (Das R. des Markensch., S. 14). Doch muss die Art des Gebrauches deutlich auf die Person des Namenberechtigten hinweisen, was bei häufig vorkommenden gleichlautenden Familiennamen ohne darauf gerichtete besondere Absicht nicht ohne Weiteres anzunehmen ist. Hahn (Kom. z. allg. d. H.G.B. I. Bd., 1894, zu Art. 27 I). Diese Absicht kann namentlich aus dem Mitgebrauche des Vornamens hervorgehen. Der Firmenschutz wird hier in der Richtung wirksam, dass dem Kläger der künftige Gebrauch seines Namens als Firma, wozu er bei Etablierung als Einzelkaufmann nach § 18 I H.G.B. genötigt wäre, freigehalten wird. Ob er wirklich die Absicht hat, später einmal unter seinem Namen ein Geschäft zu begründen, ist dabei gleichgültig. Doch gilt dieser Satz nur für den Familiennamen als solchen, nicht aber für Zusätze, die ihm vielleicht willkürlich beigelegt sind. Endlich

ist klageberechtigt der Warenzeichenberechtigte, wenn sein Recht durch eine vom Standpunkte des Firmenrechtes unbefugte Firmenführung verletzt wird. Die Klage steht ihm hier unabhängig von seiner Kaufmannseigenschaft zu. Insofern kann man ihn unter der Gruppe der Nichtkaufleute, wie hier geschehen, aufführen.

Abgesehen von Ziffer 3 ist klageberechtigt nur der rechtmässige Inhaber der Firma, nicht aber ein Vertreter desselben, da dieser kein eigenes Recht bezüglich der Firma hat, auch wenn ihm der Gebrauch der Firma vom Firmeninhaber gestattet wurde. Gareis-Fuchsberger (Das allg. d. H.G.B., 1891, zu Art. 27).

Aus Ziffer 3 ergibt sich auch ein Klagerecht des aus der off. H.-G. ausgetretenen Gesellschafters, wenn die weiter geführte Firma der Gesellschaft seinen Namen enthält. Thöl (Das d. Handelsrecht, Bd. I, 1897, S. 175).

Klageberechtigt ist auch der ausländische Firmeninhaber, ohne dass sein Klagerecht von der Uebung der Gegenseitigkeit des Auslandstaates abhängig wäre.

§ 12.

Der richtige Beklagte.

Die Klage richtet sich gegen denjenigen, der von der ihm nicht zustehenden Firma einen rechtsverletzenden Gebrauch macht. Beklagter kann demnach sein:

a) Ein Vollkaufmann, entweder nach § 1 H.G.B. — hier ist auch denkbar, dass seine Firma nicht eingetragen ist — oder nach § 2 H.G.B.; in diesem Falle ist seine Firma notwendigerweise eingetragen. Sie kann zugleich die unbefugt gebrauchte Firma darstellen. Er kann aber auch neben seiner eingetragenen oder nicht eingetragenen rechtmässigen Firma eine andere ihm nicht zustehende Firma gebrauchen.

Die Firma muss in irgend einer Weise als solche gebraucht werden d. h. der Gebrauch muss sich unmittelbar auf den Geschäftsbetrieb beziehen. Der Gebrauch als bürgerlicher Name würde daher nicht unter § 37 II H.G.B. sondern unter § 12 B.G.B. fallen.

b) Eine Handelsgesellschaft, Ges. m. b. H., eingetr. Genossenschaft oder ein Versich.-Verein auf Gegens. Auch hier ist gleichgültig, ob Eintragung vorliegt oder nicht, soweit der betreffende Personenverband ohne Eintragung überhaupt existieren kann. Auch hier ist wieder möglich, dass die eingetragene oder nicht eingetragene Firma selbst als nicht zustehend sich darstellt oder dass neben der rechtmässigen Firma eine andere Firma unbefugt gebraucht wird.

c) Eine stille Gesellschaft. Sie ist, wie schon erwähnt, keine Handelsgesellschaft und hat daher auch keine von der des Geschäftsinhabers verschiedene Firma. Es gilt daher dasselbe wie beim Vollkaufmanne sub a) bezw. wie beim Minderkaufmanne sub d).

d) Ein Minderkaufmann. Auf ihn finden nach § 4 H.G.B. die Vorschriften über die Firmen keine Anwendung. Er muss daher sein Geschäft unter seinem bürgerlichen Namen betreiben. Er kann daher die ihm nicht zustehende Firma auch in der Weise «als» Firma gebrauchen, dass er den in derselben enthaltenen Namen eines Einzelkaufmannes als bürgerlichen Namen führt.

e) Ein Nichtkaufmann, der eine ihm nicht zustehende Firma «als» Firma gebraucht, indem er sich zugleich den Anschein gibt, als betreibe er ein Handelsgewerbe.

Neben den bisher aufgeführten Erfordernissen ist ein besonderes Verschulden des Beklagten nicht vorausgesetzt, weder Arglist, noch Vorsatz, noch Fahrlässigkeit.

Für den Fall, dass ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft mit Zustimmung des Veräusserers unter der bisherigen Firma fortgeführt wurde, obschon der Veräusserer dritten Personen gegenüber verpflichtet war, die Firma nicht weiter zu übertragen, neigte man früher der Ansicht zu, dass der gutgläubige Erwerber der Firma der Klage aus § 37 II nicht ausgesetzt sei. Das Reichsgericht (Entsch. in Zivils., Bd. 25, S. 5) hat diese Meinung mit Recht verworfen und den Satz aufgestellt, dass die Gutgläubigkeit des Erwerbers den Mangel des Rechtes des Veräusserers nicht zu decken vermöge; denn einen öffentlichen Glauben des Handelsregisters, der für die Berechtigung

des Eingetragenen, die Firma weiter zu veräussern, spricht, kann man aus keiner Bestimmung des H.G.B. entnehmen. § 15 H.G.B. kann schon deshalb nicht angewendet werden, weil die Beschränkung des Veräusserungsrechtes keine in das Handelsregister einzutragende Tatsache ist. Ebenso Makower (Das allg. d. H.G.B., 1893, zu Art. 27, S. 47) und Cosack (Lehrb. des Handelsrechts, 1900, S. 84). Auf den Erwerb der Firma von einem Nichtberechtigten kann kein Recht zur Firmenführung gestützt werden. Sonst würde der Grundsatz der Firmenwahrheit seine Bedeutung verlieren, indem jemand eine dem Gesetze zuwider begründete Firma dadurch zu einer gültigen machen und daraus Vorteil ziehen könnte, dass er für die Firma einen gutgläubigen Erwerber bekommt. Eine Firma kann nur entstehen durch Gebrauch des eigenen Familiennamens als Firma, durch Erwerb eines Geschäftes mit der Firma und Erbgang, niemals aber durch Erwerb von einem Nichtberechtigten. Auch § 932 B.G.B. ist unanwendbar, da er den Erwerb beweglicher Sachen nicht aber den von Rechten betrifft.

Aus denselben Gründen kann sich der Beklagte auch nicht auf Ersitzung berufen, wenn er den Familiennamen des Klägers schon längere Zeit in seiner Firma gebraucht hat, bevor der Kläger unter seinem Familiennamen als Firma einen Geschäftsbetrieb begonnen hat; denn auch § 937 B.G.B. betrifft nur bewegliche Sachen und nicht Rechte. Ebenso Makower (Das allg. d. H.G.B., 1893, zu Art. 27, S. 47) und Cosack (Das d. Handelsr., 1900, S. 84).

In dem besonderen Falle, dass jemand nach Erlöschen seines Geschäftes oder nach seinem Austritte aus einer off. H.-Ges. seinen Namen in der Firma eingetragen lässt lediglich zu dem Zwecke, damit ein Anderer unter dieser Firma ein Handelsgeschäft betreibt, kann, wenn bezüglich dieser Firma die Voraussetzungen des § 37 II H.G.B. vorliegen, die Klage nicht nur gegen denjenigen, der das Geschäft betreibt, sondern auch gegen denjenigen, der seinen Namen dazu hergegeben hat, angestellt werden. So auch Litthauer (Allg. d. H.G.B., 1893, zu Art. 27 I, S. 38).

Was den Minderkaufmann anlangt, so kann er aus § 37 II H.G.B. nicht deshalb belangt werden, weil sein bürgerlicher Name, unter dem er sein Geschäft betreiben will, mit dem Namen eines bereits eingetragenen Kaufmannes am nämlichen Orte oder in derselben Gemeinde identisch ist und er seinem Namen keinen zur deutlichen Unterscheidung führenden Zusatz gemäss § 30 II H.G.B. beifügt; denn er unterliegt gemäss § 4 H.G.B. nicht der in § 30 II H.G.B. normierten Verpflichtung. Gerade umgekehrt wäre zu entscheiden, wenn er seinem bürgerlichen Namen, der mit dem in der Firma enthaltenen Familiennamen eines Vollkaufmannes identisch ist, einen auf eine Firma deutenden Zusatz beifügen würde. Hier wäre er offenbar der Klage aus § 37 II H.G.B. ausgesetzt. Wäre im letzteren Falle die Gleichnamigkeit mit dem Vollkaufmanne nicht gegeben, so würde lediglich § 37 I H.G.B. d. h. das Einschreiten des Registerrichters in Betracht kommen können.

§ 13.

Inhalt der Klage.

Soweit für die Klage nicht die Zuständigkeit der Amtsgerichte gemäss § 23 Ziff. 1 G.V.G. begründet ist, ist die Kammer für Handelssachen des Bezirkes, zuständig, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat §§ 70 I, 101 Ziff. 3b G.V.G., §§ 12, 13, 21 C.P.O. Der nach § 253 Z.P.O. erforderliche Antrag der Klage geht dahin, Beklagter sei schuldig, den weiteren Gebrauch der unbefugter Weise geführten Firma zu unterlassen. Der Klagegrund hat darzulegen, dass der Beklagte eine Firma gebraucht, die ihm nach den Vorschriften des Firmenrechtes nicht zusteht, und dass der Kläger durch diesen Gebrauch der Firma in seinen Rechten verletzt worden ist. Zugleich ist das angeblich verletzte Recht bestimmt zu bezeichnen. Ist die unbefugt gebrauchte Firma für den Beklagten eingetragen, so kann im Klagantrage auch Löschung verlangt werden. So auch Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 22, S. 58, Bd. 37, S. 60; Staub (Kom. z. H.G.B., 1900, zu § 37 II,

S. 182), anders Ritter (Allg. Lehren des Handelsr., 1900, S. 65). Ist die unbefugt geführte Firma für den Beklagten nicht eingetragen, so kann mit der Klage auf Unterlassung die Klage auf Unzulässigkeit der Eintragung verbunden werden. Diese Verbindung ist angebracht, weil die Unterlassungsklage allein oft nur einen unvollständigen Erfolg bringen würde, indem im Falle einer trotz Verurteilung zur Unterlassung des weiteren Gebrauches erfolgten Eintragung der Widerspruch des Berechtigten wirkungslos wäre, wie sich aus § 16 II H.G.B. ergibt. Je nach den besonderen Umständen würde vielleicht die Klage auf Unzulässigkeit der Eintragung für sich allein oder ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäss §§ 935, 940, Z.P.O., zu einem befriedigenden Erfolge führen z. B. wenn die Firma bereits zur Eintragung angemeldet ist.

Neben der Unterlassung kann auch Beseitigung der Beeinträchtigung verlangt werden, da die blosse Unterlassungsklage nur für die Zukunft wirkt und auch die bis zur Verurteilung erfolgte Beeinträchtigung des klägerischen Rechtes behoben werden muss. Wenn schon § 12 B.G.B. bei blossen Interessenverletzungen diesen Anspruch gewährt, so muss derselbe doch noch mehr bei Rechtsverletzungen gegeben sein, wenn nicht ein grosses Missverhältnis in der Stärke des Schutzes die Folge sein soll. Dass diese Beseitigung der Beeinträchtigung nicht dasselbe ist, wie der nach allgemeinen Bestimmungen zu gewährende Schadensersatz, geht schon daraus hervor, dass letzterer nur bei Verschulden verlangt werden kann, während eine Beeinträchtigung doch auch ohne jedes Verschulden entstehen kann. Sodann ist unter Beseitigung der Beeinträchtigung die Wiederherstellung des früheren Zustandes zu verstehen, während beim Schadenersatz eben ein Ersatz für die Unmöglichkeit der Wiederherstellung der früheren Rechtslage des Klägers gewährt werden soll. Ebenso Goldmann (Das H.G.B., 1901, zu § 37 II, S. 176, 5) und Düringer-Hachenburg (Das d. H.G.B., Bd. I, 1899, zu § 37). Wenn jedoch letztere noch weiter gehen und aus § 37 II H.G.B. auch eine Klage gegen blosse Bestreitung einer nicht mit dem Namen des Firmeninhabers

übereinstimmenden Firma herleiten wollen, so ist ihnen darin nicht zu folgen, da diese Ausdehnung des § 37 II H.G.B. jeder Notwendigkeit entbehrt, sich aus dem Wortlaute des Gesetzes auch gar nicht begründen lässt und die Analogie aus § 12 B.G.B. etwas zu weit getrieben würde. Hier bietet die Feststellungsklage aus § 256 Z.P.O. ein genügendes Hilfsmittel. Ebenso Goldmann a. a. O.

Die aus § 37 II H.G.B. erhobene Klage auf Unterlassung des weiteren Gebrauches ist nicht Feststellungsklage, sondern wirkliche Leistungsklage, kann sich aber, wie schon erwähnt, als Klage auf Unzulässigkeit der Eintragung mit blosser Feststellung begnügen.

Bei Verurteilung des Beklagten zur Unterlassung des weiteren Gebrauches der Firma erfolgt die Zwangsvollstrekung nach § 890 Z.P.O. d. h. der Beklagte wird bei jeder Zuwiderhandlung gegen die im Urteile ausgesprochene Verpflichtung auf Antrag des Klägers vom Prozessgerichte erster Instanz zur Geldstrafe bis 1500 Mark oder Haftstrafe bis zu 6 Monaten verurteilt. Auf Grund der Verurteilung kann der Kläger beim Registergerichte auch die Löschung der dem Beklagten nicht zustehenden und für ihn eingetragenen Firma verlangen.

Das allg. d. H.G.B. gewährte in Art. 27, dem Vorläufer des § 37 II H.G.B., unmittelbar einen Anspruch auf Schadensersatz neben dem Anspruche auf Unterlassung des weiteren Gebrauches. Für diese Schadensersatzpflicht galten die allgemeinen Grundsätze über unerlaubte Handlungen d. h. es war irgend ein Grad des Verschuldens erforderlich, während das Untersuchungsrecht auch beim Mangel jedes Verschuldens gegeben war. Es bestanden sonach für Schadensersatzpflicht und Untersagungsrecht verschiedene Voraussetzungen, während der Wortlaut des Art. 27 das Gegenteil anzudeuten schien. Vgl. Entwurf eines H.G.B. nebst Denkschrift, 1896, S. 44. Es wurde daher bei Abfassung des neuen H.G.B. die ausdrückliche Konstatierung einer Schadensersatzpflicht fallen gelassen und bezüglich derselben lediglich auf die hierüber bestehenden sonstigen Vorschriften verwiesen. Diese sonstigen Vorschriften, auf welche ein An-

spruch auf Schadensersatz gestützt und zugleich mit dem Antrag auf Unterlassung des weiteren Gebrauches verbunden werden kann, sind die später zu behandelnden Vorschriften des B.G.B. und des Wettbewerbgesetzes, nicht aber § 14 des Warenschutzgesetzes, da, wie im folgenden Kapitel zu zeigen sein wird, der Gebrauch der Firma zur Warenbezeichnung nicht als Gebrauch im Sinne des § 37 II H.G.B. gilt.

3. Kapitel.

Firma und Warenbezeichnung.

§ 14.

Die Warenbezeichnung im allgemeinen.

Während die Firma den Kaufmann in seiner Eigenschaft als Inhaber eines bestimmten Geschäftes bezeichnet, also die Person des Kaufmannes in Beziehung zu einem bestimmten Geschäftsbetriebe setzt, besteht die Aufgabe des Warenzeichens darin, die Ware, die von einem Kaufmanne hergestellt oder umgesetzt wird, als aus einem bestimmten Geschäfte herrührend zu bezeichnen und somit die Ware in Beziehung zu einem bestimmten Geschäftsbetriebe zu setzen. Vgl. Ramdohr (Das R. z. Gebrauch des Namens nach d. Vorschr. des B.G.B. in Gruchots Beiträgen, Bd. 43, S. 4), Seligsohn (R.-Ges. z. Schutze der Warenbez., 1905, S. 14).

Schon aus dieser allgemeinen Begriffsbestimmung ergibt sich der grosse Gegensatz zwischen Firma und Warenzeichen. Erstere ist Personenbezeichnung, letztere dagegen Sachbezeichnung.

Ein kurzer Rückblick auf die Entwicklung des Gebrauches der Warenbezeichnung wird diesen Unterschied noch deutlicher vor Augen führen. Vgl. dazu insbes. Goldschmidt (Handbuch des Handelsr., I. Bd., II. Abt., 1868, S. 560 ff.), Kohler (Das R. des Markensch., S. 21 ff.), Dr. O. Mayer (in d. Zt. Schr. f. Handelsr. von Goldschmidt, Bd. 26, S. 400 ff.).

Der Kaufmann hat das ganz natürliche Bestreben, seine Ware abzusetzen. In welchem Umfange und in welcher Weise sich dieser Absatz vollzieht, bestimmt sich nach der Wertschätzung, die das Publikum der Ware entgegenbringt. Seine Wertschätzung der Ware gründet sich darauf, dass

die Ware bestimmte Eigenschaften besitzt, die sie zur Erfüllung irgend eines Zweckes besonders geeignet erscheinen lassen. Nun ist aber der kaufende Konsument nicht in der Lage, die Ware sofort bei der Abnahme mit der erforderlichen Sachkunde auf das Vorhandensein der gewünschten Eigenschaften zu untersuchen. Denn diese Eigenschaften sind nicht immer äusserlich erkennbar, sondern oft nur in einer bestimmten Herstellungsweise der Ware begründet und treten dann vielleicht erst bei Benützung der Ware zutage. Viel leichter wird dem Konsumenten bei der Beurteilung die Aufgabe gemacht, wenn ein auf der Ware oder ihrer Verpackung angebrachtes Zeichen ihm auf den ersten Blick zu erkennen gibt, dass er diejenige Ware vor sich hat, welche die gewünschten Eigenschaften besitzt, nach einer nur ihr eigentümlichen Methode hergestellt wird oder aus einem bestimmten Geschäfte herrührt. Wie diese Warenbezeichnung dem Konsumenten das Urteil erleichtert und somit dem Interesse des Publikums dient, ist sie auch ein geeignetes Mittel, die so bezeichnete Ware vor minderwertigen Nachahmungen oder Fälschungen zu unterscheiden und so die Nachahmung und Fälschung selbst zu erschweren, und dient damit auch dem Interesse des Produzenten.

Den Ausgangspunkt für die Entwicklung des Warenzeichens bildet die Marke oder das Zeichen schlechthin. Der ursprünglichste Zweck der Marke ist wohl der, eine Sache zu einer bestimmten Person in Beziehung zu setzen und diese Beziehung zu veranschaulichen. Die wichtigste Beziehung einer Sache zu einer Person ist das Eigentum. Die Marke dient daher dazu, das Eigentum einer bestimmten Person an einer Sache zu kennzeichnen und damit die rechtliche Zugehörigkeit der Sache jedermann offen zu legen. So bildete sie in früheren Zeiten ein wichtiges Beweismittel im Eigentumsstreite.

Schon weniger scharf als bei der Eigentumsmarke zeigt sich der Zweck, die rechtliche Zugehörigkeit zum Ausdrucke zu bringen, bei der Produktionsmarke. Sie soll nicht mehr das Eigentum d. h. das absolute Herrschaftsverhältnis einer bestimmten Person zu einer Sache offen legen, sondern

lediglich bezeugen, dass die Sache von einer bestimmten Person hergestellt wurde. Sie weist nicht auf den Eigentümer, sondern auf den Urheber hin. Eine zweite Art der Ursprungsbezeichnung ist die Handelsmarke. Bei ihr ist die Beziehung der Sache zur Person noch mehr gelockert. Einmal beschränkt sie sich nicht darauf, auf einen bestimmten Produzenten hinzuweisen, sondern kann auch zur Bezeichnung desjenigen dienen, der die Ware umsetzt, ohne sie selbst herzustellen; sodann ist es möglich, dass sie überhaupt nicht auf eine bestimmte Person, sondern auf ein bestimmtes Geschäft, auf einen bestimmten Herstellungsort, auf eine bestimmte Herstellungsart hindeutet. Hieher gehört insbesondere die Unterart der Fabrikzeichen. Der Schwerpunkt in der Beziehung zwischen Person und Sache wird von der Person auf die Sache verlegt. Die Marke bekundet jetzt nicht so sehr, dass die damit versehene Sache von einer bestimmten Person herrührt, sondern dass die Sache bestimmte Eigenschaften besitzt, für die durch den Hinweis auf eine bestimmte Person oder auf ein bestimmtes Geschäft oder auf einen bestimmten Herstellungsort eine gewisse Garantie übernommen wird. Die Sache wird damit zur Ware, die Marke zum Warenzeichen.

Die Bezeichnung selbst kann die verschiedensten Formen annehmen. Doch wird sie sich, ihrem Zwecke entsprechend, auf möglichst charakteristische, in die Augen fallende und daher verhältnismässig einfache Mittel beschränken. Aus dem Begriffe des Warenzeichens ergibt sich, dass es stets ein bildliches Zeichen d. h. in seiner Wirkung auf das Auge berechnet sein muss. Als bildliches Zeichen wird es in der Regel in einer Figur bestehen; doch ist nicht ausgeschlossen, dass auch Buchstaben und Worte, die doch an sich Lautzeichen sind, als Warenzeichen Verwendung finden. Aber dann sind sie doch nicht als Lautzeichen, sondern als bildliche Zeichen gebraucht. Bei den Wortzeichen liegt es offenbar am nächsten, sich des eigenen Namens oder der eigenen Firma zu bedienen. An sich ist die Firma, wie oben dargelegt wurde, ebenso wie der Name eine Personenbezeichnung. Dies hindert jedoch nicht, sie auch als Warenbe-

zeichnung zu verwenden. Genauer gesagt: Man kann aus dem Worte, aus dem die Firma gebildet ist, auch ein Warenzeichen bilden. Man kann dasselbe Wort das eine Mal in seiner Wirkung auf das Ohr, das andere Mal in seiner Wirkung auf das Auge, das eine Mal als Personenbezeichnung, das andere Mal als Sachbezeichnung benutzen. Wenn man daher sagt, der Kaufmann gebraucht seine Firma zur Warenbezeichnung, so ist dies eigentlich unrichtig. In Wirklichkeit benützt er das Wort, das er sonst als Firma gebraucht, als Warenzeichen. Es kommt nur darauf an, in welchem Sinne der Kaufmann das Wort benützt: Benützt er es in der Absicht, sich dadurch als Inhaber eines bestimmten Geschäftes zu bezeichnen, so gebraucht er das Wort als Firma. Benützt er es dagegen zu dem Zwecke, um eine Ware als aus seinem Geschäfte herrührend zu bezeichnen, so gebraucht er das Wort als Warenzeichen.

Freilich wird dadurch, dass dasselbe Wort zugleich als Firma und als Warenzeichen gebraucht wird, die beabsichtigte Wirkung wesentlich verstärkt, indem beim Anblicke einer so bezeichneten Ware mit der Vorstellung bestimmter Eigenschaften derselben sich zugleich die Vorstellung einer bestimmten Person als Inhaber des Geschäftes, aus dem die Ware herrührt, verbindet und so zu den unterscheidenden Merkmalen der Ware noch diejenigen ihres Herstellers oder Verkäufers treten. Dass in diesen Fällen das betreffende Wort nicht als Firma, sondern wirklich als Warenzeichen gebraucht wird, zeigt sich besonders deutlich, wenn die Firma aus einer ganzen Anzahl von Worten gebildet ist. Hier wäre es höchst unzweckmässig und oft auch infolge der Beschaffenheit der Ware unmöglich, diese ganze Wortreihe als Warenzeichen zu benützen. Der Kaufmann wird in diesem Falle die oben erwähnte verstärkte Wirkung des Warenzeichens dadurch erreichen, dass er aus der Wortreihe der Firma ein einziges besonders in die Augen fallendes Schlagwort auswählt und damit seine Ware bezeichnet.

Wir können daher schon nach den bisherigen Ergebnissen die Behauptung aufstellen, dass Gebrauch einer Firma und Gebrauch eines Warenzeichens grundverschiedene Dinge

sind, dass es insbesondere unrichtig ist, von einem Gebrauche der Firma zur Warenbezeichnung zu reden. Gleichwohl werden wir uns der Kürze halber dieses Ausdruckes, wenn auch nur in dem angedeuteten Sinne, bedienen.

§ 15.

Rechtsgeschichtlicher Ueberblick.

Nachdem das im älteren deutschen Rechte und besonders im Mittelalter reich entwickelte Markenrecht immer mehr in Verfall geraten war, nahm sich die Gesetzgebung erst in neuerer Zeit wieder der Warenzeichen an, so das preussische Landrecht Teil II, Titel 20, § 145 1. Doch machte Preussen später wieder einen Schritt nach rückwärts, indem es durch das Gesetz vom 4. Juli 1840 den Schutz für figürliche Zeichen aufhob und lediglich auf Namen und Firmen beschränkte. Derselbe Zustand wurde im preussischen Gesetze von 1851 beibehalten. Einen weit umfassenderen Schutz gewährte die bayerische Verordnung vom 21. Dezember 1862 im Zusammenhalt mit § 336 St.-Ges. B. von 1861, die in § 4 mit Geld bis zu 150 fl. und im Wiederholungsfalle mit Gefängnis bis zu drei Monaten oder an Geld bis zu 1000 fl. denjenigen bestrafte, der «dieser Verordnung zuwider fremde Fabrik- oder Gewerbezeichen, Namen oder Firmen unbefugt nachahmt oder gebraucht», desgleichen denjenigen, «der Waren, Fabrikate oder Gewerbserzeugnisse, von denen er weiss, dass sie mit solchen unbefugt nachgeahmten oder gebrauchten Zeichen, Namen oder Firmen bezeichnet sind, feilbietet oder in den Verkehr bringt». Durch das R.St.G.B. vom 15. Mai 1871 wurde diese Verordnung samt dem Strafgesetzbuch von 1861, auf das sie sich gründete, soweit sie strafrechtlichen Inhalt hatte, aufgehoben. § 287 R.St.G.B. schützte nunmehr in Anlehnung an das genannte preussische Gesetz lediglich Name und Firma eines inländischen Fabrikanten, Produzenten oder Kaufmannes. Mit diesem reichsgesetzlichen Schutze war jedoch wenig erreicht. Denn einmal erstreckte er sich nicht auf die figürlichen Zeichen und sodann zog er eben nur die

strafrechtliche Seite in Betracht. Die Regelung des praktisch für den Geschäftsmann viel wichtigeren Schutzes auf dem Gebiete des Privatrechtes blieb nach wie vor der Landesgesetzgebung überlassen. Hier galt also noch z. B. für Bayern die genannte Verordnung von 1862.

Eine eingehende reichsgesetzliche Regelung des Markenrechtes brachte erst das R.-Ges. über den Markenschutz vom 30. November 1874. § 13 dieses Gesetzes bietet die Grundlage für den zivilrechtlichen Schutz des «inländischen Produzenten oder Gewerbetreibenden gegen denjenigen, welcher Waren oder deren Verpackung mit einem für den ersteren nach Massgabe dieses Gesetzes zu schützenden Warenzeichen oder mit dem Namen oder der Firma des ersteren widerrechtlich bezeichnet oder dergleichen widerrechtlich bezeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält». Der Anspruch ging darauf, dass der Täter für nicht berechtigt erklärt werde, die Bezeichnung zu gebrauchen bezw. so bezeichnete Waren in Verkehr zu bringen oder feilzuhalten. Waren die Handlungen des § 13 wissentlich begangen, so hatte der verletzte nach § 14 ausserdem noch den Anspruch auf Entschädigung und das Recht, auf Strafverfolgung anzutragen. In den §§ 13 und 14 ging das Gesetz über den Rahmen, den es sich im übrigen gesteckt hatte, hinaus, indem es neben den «nach Massgabe dieses Gesetzes zu schützenden Warenzeichen» auch noch Namen und Firmen in den Bereich seines Schutzes zog. Eine Besonderheit bestand noch darin, dass der Schutz für eigentliche Warenzeichen nur dann Platz greifen sollte, wenn die Firma des Schutzsuchenden registriert war. Der Schutz war somit auf Vollkaufleute beschränkt. Vgl. Gierke (D. Privatr., Bd. I, 1895, S. 738). Noch weiter ging das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894. Einmal liess es das Erfordernis der Eintragung der Firma als Voraussetzung des Zeichenschutzes fallen und machte so diesen Schutz auch für Minder- und Nichtkaufleute zugänglich. Sodann sog es neben den eigentlichen Warenzeichen und neben Namen und Firmen auch nicht registerpflichtige Warenbezeichnungen, die auf den Ursprung der Ware hinweisen,

sowie die Ausstattungen der Waren in den Kreis seiner Regelung.

Die grundlegende Bestimmung für den Schutz von Warenzeichen, Name und Firma ist § 14 dieses Gesetzes. Aus dieser Bestimmung kommt für uns lediglich der Schutz der Firma gegen widerrechtliches Anbringen der Firma eines Andern auf Waren u. s. w. sowie gegen das Inverkehrbringen oder Feilhalten solcher widerrechtlich bezeichneter Waren in Betracht. Nun enthält aber schon § 37 II H.G.B. einen Schutz des Firmeninhabers gegen unbefugten Gebrauch seiner Firma. Die Tatsache des Nebeneinanderbestehens dieser beiden Bestimmungen lässt sich nun auf dreifache Weise erklären. Entweder der Gebrauch der Firma zur Warenbezeichnung ist nicht als Firmengebrauch im Sinne des § 37 II H.G.B. zu verstehen; dann haben § 37 II H.G.B. und § 14 W.Sch.G. neben einander durchaus selbständige Bedeutung. Oder § 37 II H.G.B. ergreift jede Art des Firmengebrauches, also auch ihren Gebrauch zur Warenbezeichnung; dann ist § 14 W.Sch.G. für die Frage des Firmenschutzes durchaus überflüssig. Oder endlich § 37 II H.G.B. umfasst zwar auch den Gebrauch der Firma zur Warenbezeichnung, ohne dass jedoch § 14 W.Sch.G. seine Bedeutung verliert, indem er einige besondere Fälle des Firmengebrauches zur Warenbezeichnung genauer umschreibt und im Verhältnis zu § 37 II H.G.B. unter einen verstärkten Schutz stellt. Im folgenden werden wir den Nachweis zu führen suchen, dass die erste Alternative die richtige ist, dass demnach Gebrauch der Firma zur Warenbezeichnung nicht unter § 37 II H.G.B. fällt und somit § 14 W.Sch.G. gegenüber der Bestimmung des H.G.B. selbständige Bedeutung hat.

§ 16.

Das Recht an der Firma und das Recht an der Warenbezeichnung.

Kein Zweifel kann darüber bestehen, dass in § 37 II H.G.B. und § 14 W.Sch.G., soweit in letzterer Bestimmung die Firma in Betracht kommt, das gleiche Recht geschützt

wird: das Firmenrecht. Ebenso Paul Schmid (Das Warenzeichenrecht, 1899, S. 93), Meyer (Der Schutz der Warenbez., 1894, S. 35), Gareis (in Buschs Archiv, Bd. 35, S. 186, 206, 207), Gierke (D. Privat.-R., Bd. I, S. 744). Die Natur dieses Firmenrechtes als eines Persönlichkeitsrechtes wurde im 1. Kapitel dieser Darstellung eingehend erörtert. Dieses Firmenrecht steht im Gegensatze zum Rechte am Warenzeichen, dessen Schutz die Hauptaufgabe des Gesetzes von 1894 bildet. Auch dieses Recht am Warenzeichen ist ein subjektives Recht und zwar ebenfalls ein Persönlichkeitsrecht. Vgl. Kohler (Das R. d. Markensch., S. 74), Meyer (Der Schutz der Warenbez., S. 34), Stephan Schmid (Der Schutz der gewerbl. Urheberr., 1899, S. 452), Seligsohn (W.Sch.G., 1905, S. 14, 15). Auch hier ist, wie schon oben bei der Betrachtung des Firmenrechtes, der falschen Anschauung entgegenzutreten, als ob aus der Anerkennung des Rechtes am Warenzeichen als eines Persönlichkeitsrechtes ohne weiteres zu folgern sei, dass der Inhaber des Rechtes schon als solcher schlechthin gegen jede Verletzung seines Rechtes geschützt sei, dass insbesondere in allen Fällen, in denen das W.Sch.G. versagt, eo ipso auf Grund des Individualrechtes als solchen der Anspruch auf Unterlassung und Schadenersatz gegeben sei, in Form einer allgemeinen actio doli. Der Hauptvertreter dieser Anschauung ist Kohler (Recht des Markensch., S. 80 ff.). Ihm ist das Markenschutzgesetz zwar willkommen, nicht aber gerade notwendig zum Schutze des Rechtes am Warenzeichen, da dieses auch ohne gesetzliche Regelung schon als solches geschützt ist. Kohler hätte Recht, wenn ein Persönlichkeitsrecht und überhaupt irgend ein subjektives Recht ohne ausdrückliche gesetzliche Anerkennung bestehen könnte. Dies ist jedoch nicht der Fall, wie schon bei der Betrachtung des subjektiven Rechtes dargelegt wurde.

Das dritte Persönlichkeitsrecht, das in § 14 W.Sch.G. geschützt wird, ist das Recht auf Gebrauch eines bestimmten Namens, auf das später noch zurückzukommen sein wird.

Jedes der drei in § 14 W.Sch.G. in Betracht kommenden Persönlichkeitsrechte muss als solches seine gesetzliche

Anerkennung gefunden haben. Für das Recht am Warenzeichen ist hier grundlegend § 12 W.Sch.G., für das Recht am Namen § 12 B.G.B., für das Firmenrecht § 37 II H.G.B. In diesen Bestimmungen sind die genannten Persönlichkeitsrechte als solche anerkannt. Nun ist klar, dass diejenige Bestimmung, in der ein subjektives Recht als solches anerkannt wird, nicht zugleich erschöpfend den Schutz dieses Rechtes zu regeln braucht. Es ist daher nicht notwendig, dass § 12 W.Sch.G. vollständig den Schutz des Rechtes am Warenzeichen, § 12 B.G.B. vollständig den Schutz des Namenrechtes, § 37 II H.G.B., vollständig den Schutz des Firmenrechtes normiert. Der Gesetzgeber kann es vielmehr für zweckmässig erachten, in anderen Bestimmungen den Schutz dieser Persönlichkeitsrechte zu ergänzen; ja er kann sogar in einer einzigen Bestimmung für alle drei Persönlichkeitsrechte eine Ergänzung ihres Schutzes aufstellen.

Nun haben wir in der Tat das Merkwürdige, dass ein und dieselbe gesetzliche Bestimmung, die keines der drei genannten Persönlichkeitsrechte als solches anerkennen will, da jedes dieser Rechte schon anderswo diese Anerkennung gefunden hat, eine Ergänzung des Schutzes dieser drei Persönlichkeitsrechte enthält. Diese Bestimmung ist eben § 14 W.Sch.G. Offenbar kann es kein blosser Zufall sein, dass drei Persönlichkeitsrechte mit ganz verschiedenen Objekten: Warenzeichen, Name und Firma, sich gewissermassen auf einem völlig ausser ihnen liegenden neutralen Punkte treffen. Die Objekte der drei Persönlichkeitsrechte müssen etwas Gemeinsames haben, das den Gesetzgeber veranlasste, in § 14 W.Sch.G. für sie eine gemeinschaftliche Bestimmung zu schaffen. Dieses Gemeinschaftliche ist in der Tat vorhanden: Es ist der Gebrauch des Warenzeichens, des Namens und der Firma zur Warenbezeichnung. Das Warenzeichen in dem scharf umschriebenen Sinne der §§ 1—12 W.Sch.G., der Name und die Firma fallen zusammen unter den höheren Begriff der Waarenbezeichnungen.

Der Hauptfall der Warenbezeichnung liegt vor, wenn sie mittels eines Warenzeiches im engeren und eigentlichen

Sinne geschieht. Der Umstand, dass § 12 W.Sch.G. das Persönlichkeitsrecht am Warenzeichen normiert, macht § 14 desselben Gesetzes, soweit er das Warenzeichen betrifft, nicht überflüssig. In dieser Hinsicht ist § 14 W.Sch.G. vielmehr als nähere Ausführung des in § 12 normierten Persönlichkeitsrechtes zu betrachten, dem er durch Umschreibung des Schutzes erst einen positiven Inhalt gibt. Anders ist es bei der Firma und ebenso beim Namen. Hier ist § 14 W.Sch.G. nicht etwa bloss eine nähere Erläuterung des in § 37 II H.G.B. normierten Schutzes des Firmenrechtes, vielmehr wird in § 14 ein ganz neues eigenartiges Persönlichkeitsrecht konstruiert: das Recht an der Warenbezeichnung.

Nun haben wir eben behauptet, in § 14 würde das Firmenrecht geschützt, so dass wir scheinbar in einen Widerspruch geraten sind. Doch nur scheinbar. In § 14 W.Sch.G. wird tatsächlich das Firmenrecht und das Recht an der Warenbezeichnung geschützt und doch liegt hierin kein Widerspruch. Denn Firmenrecht und Recht an der Warenbezeichnung sind hier dasselbe. Dasselbe Wort, das in dem einen Falle als Firma gebraucht wird und dann Gegenstand des Firmenrechtes ist, wird in dem andern Falle zur Warenbezeichnung gebraucht und ist dann Gegenstand des Rechtes an der Warenbezeichnung. Beide Rechte sind Persönlichkeitsrechte, beide Rechte haben denselben Gegenstand. Sie müssen demnach identisch sein. Dass trotzdem beide Rechte verschiedene Namen haben, rührt von der verschiedenen Art des Gebrauches des ihnen zugrunde liegenden Objektes her: das eine Mal wird dasselbe Wort als Firma, das andere Mal zur Warenbezeichnung gebraucht. Eine Verschiedenheit liegt somit nicht im Rechte, sondern lediglich in der Gebrauchsart seines Gegenstandes. Es ist ähnlich wie beim Namen. Auch bei ihm wird in § 12 B.G.B. das Namenrecht, in § 14 W.Sch.G. dagegen das Recht an der Warenbezeichnung geschützt. Auch hier liegt der Unterschied der Benennung des Rechtes lediglich in der verschiedenen Gebrauchsart des Namens. Wir können demnach sagen: § 14 W.Sch.G. schützt das Recht an der Warenbezeichnung. Soweit zur Warenbezeichnung der Name ge-

braucht wird, ist das Recht an der Warenbezeichnung identisch mit dem Namenrechte. Soweit zur Warenbezeichnug die Firma gebraucht wird, ist das Recht an der Warenbezeichnung identisch mit dem Firmenrechte.

Schon oben wurde dargelegt, dass mit dem Ausdrucke: Gebrauch der Firma zur Warenbezeichnung lediglich zu verstehen ist, dass dasselbe Wort, das sonst als Firma benutzt wird, im vorliegenden Falle als Warenbezeichnung Verwendung findet und dass es demnach nahe liegt, je nach der verschiedenen Gebrauchsart desselben Wortes das an diesem Gebrauche begründete Persönlichkeitsrecht auch äusserlich gesondert mit gesetzlichem Schutze zu umkleiden. Wir stellen ferner die im folgenden zu beweisende Behauptung auf, dass im geltenden Rechte tatsächlich eine gesonderte gesetzliche Regelung für beide Gebrauchsarten stattgefunden hat, dass in § 37 II H.G.B. der Gebrauch eines bestimmten Wortes als Firma und im § 14 W.Sch.G. der Gebrauch desselben Wortes zur Warenbezeichnung gesetzlich geschützt ist, dass demnach der Gebrauch der Firma zur Warenbezeichnung nicht als Firmengebrauch im Sinne des § 37 II H.G.B. zu betrachten ist, vielmehr § 14 W.Sch.G. selbständige Bedeutung hat.

§ 17.

Der Gebrauch der Firma zur Warenbezeichnung.

Art. 27 des Allg. d. H.G.B. schützte denjenigen, der durch unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt wurde. Da zur Zeit seiner Entstehung das Markenschutzgesetz noch nicht existierte, offenbar aber auch damals schon die Firma zur Warenbezeichnung verwendet wurde, erhebt sich die Frage, ob Art. 27 tatsächlich auch diesem Gebrauche der Firma Schutz gewährte. Die Frage ist zu verneinen. In den Protokollen der Kommission zur Beratung eines Allg. d. H.G.B. (Nürnberg, 1858, S. 924, 925) ist dies klar zum Ausdruck gebracht mit den Worten: «Bei Bezeichnung der eigenen Ware mit der Firma eines anderen Kaufmannes und fälschlichem Inverkehrbringen der Ware

als Ware des anderen Kaufmannes kann von einem Gebrauche einer Firma nicht gesprochen werden. Mit Rücksicht auf Art. 18 (jetzt § 17 H.G.B.) liegt nur dann der Gebrauch einer Firma vor, wenn unter ihrer Anwendung ein Handelsgeschäft geschlossen, eine Unterschrift abgegeben wird und dergleichen. Den Fall der fälschlichen Bezeichnung von Waren habe der Artikel 28 wie überhaupt der Titel über die Firmen gar nicht entscheiden wollen». Die in diesen Worten niedergelegte Absicht des Gesetzgebers ist die, dem Firmenmissbrauche nicht bloss in den Grenzen des Art. 18 (§ 17 H.G.B.), sondern jedem Missbrauche der Firma, der im geschäftlichen Verkehre stattfindet, entgegenzutreten, vorausgesetzt, dass die Firma als solche d. h. als Personenbezeichnung gebraucht wird.

Der Missbrauch der Firma zur Warenbezeichnung war somit nicht verboten, soweit nicht ein solches Verbot nach besonderen Landesgesetzen wie z. B. nach der schon erwähnten bayerischen Verordnung von 1861 begründet war. Auch die am Art. 27 I anschliessende Praxis hatte an diesem in den Protokollen ausgedrückten Gedanken festgehalten. Vgl. z. B. Fuchsberger (Entsch. des R.O.H. zu Art. 27, S. 54). Ebenso sah man bei Abfassung und Beratung des neuen H.G.B. keine Veranlassung, von der bisherigen Anschauung abzuweichen. Man übernahm in § 37 einfach die Vorschriften des Art. 26 II und 27 I des Allg. d. H.G.B. Mit Rücksicht auf das kurz vorher entstandene B.G.B. wurde der Anspruch auf Schadenersatz, der in Art. 27 I noch ausdrücklich anerkannt war, in § 37 II nicht mehr aufgenommen, sondern durch eine Verweisung auf die sonstigen Vorschriften d. i. vor allem auf das B.G.B. festgelegt. Ebenso wurden Abs. II und III des Art. 27 mit Rücksicht auf die Bestimmungen der Z.P.O. und des Wettbewerbgesetzes gestrichen. Vgl. Denkschrift (in d. Materialien zum H.G.B., 1897, S. 21).

Die Versagung des Schutzes des Art. 27 gegenüber dem Missbrauche der Firma zur Warenbezeichnuag war ein offenbarer Missstand. Dem wurde abgeholfen durch § 287 R. St.G.B., der den Gebrauch von Namen und Firmen zur

Warenbezeichnung unter Strafe stellte. Damit wurde zum ersten Male ein besonderes Recht an der Warenbezeichnung geschaffen, das unabhängig war von dem in Art. 27 normierten Firmenrechte. Letztere Bestimmung schützte nur die Firma des Kaufmannes im Sinne des H.G.B., erstere dagegen «die Firma eines inländischen Fabrikanten, Produzenten oder Kaufmannes». Es war somit geschützt:

a) Die Firma des Kaufmannes zivilrechtlich nach Art. 27 und strafrechtlich nach § 287 St.G.B.

b) die Firma des Fabrikanten oder Produzenten lediglich strafrechtlich nach § 287. Der zivilrechtliche Schutz der Firma des Kaufmannes war beschränkt auf den Gebrauch im Sinne des H.G.B., der strafrechtliche auf den Gebrauch zur Warenbezeichnung. Sowohl in Art. 27 als auch in § 287 St.G.B. war somit das Firmenrecht geschützt und zwar das nämliche Firmenrecht. Dagegen das Objekt dieses Firmenrechtes, die Firma, ist in beiden Bestimmungen verschieden. Der zweite Unterschied liegt in der Art der Verwendung dieser Bezeichnung, je nachdem diese als Personenbezeichnung oder als Sachbezeichnung gebraucht wird.

Der Hauptgegensatz zwischen Art. 27 und § 287 St.G.B. liegt somit nicht darin, dass ersterer zivilrechtlichen und letzterer strafrechtlichen Schutz gewährt — denn die Entscheidung für die eine oder andere Art des Schutzes ist lediglich eine Frage der Zweckmässigkeit — sondern darin, dass ersterer den Gebrauch der Firma als Personenbezeichnung, letzterer dagegen ihren Gebrauch zur Warenbezeichnung d. i. als Sachbezeichnung unter Schutz stellt. § 287 St.G.B. ist somit nicht eine Ergänzung des Art. 27 des Allg. d. H.G.B., sondern eine Bestimmung von durchaus selbständiger, von Art. 27 unabhängiger Bedeutung.

Die Bestimmung des § 287 St.G.B. wurde später beseitigt durch § 14 des Markenschutzgesetzes vom 30. November 1874, der im wesentlichen die Bestimmung des § 287 St.G.B. wiedergab. Gleichzeitig ging dieses neue Gesetz noch weiter, indem es auch einen zivilrechtlichen Anspruch auf Unterlassung normierte. Das Verhältnis des Markenschutzgesetzes zu § 287 St.G.B. bringen

die Motive des Ges. v. 1874 zum klaren Ausdruck. Darnach war der Schutz von Name und Firma gegen Gebrauch zur Warenbezeichnung bisher im St.G.B. geregelt und sollte durch das Markenschutzgesetz in Verbindung mit dem Schutze der eigentlichen Warenzeichen einheitlich geregelt werden. Es sollte dadurch der Nachahmung und dem fälschlichen Gebrauche fremder Namen und Firmen in wirksamerer Weise als bisher entgegengetreten werden. Siegfried (Das neue R.-Ges. üb. den Markenschutz, 1874, S. 12). Der Fortschritt des Markenschutzgesetzes gegenüber § 287 St.G.B. ist somit der, dass der strafrechtliche Schutz durch einen zivilrechtlichen Schutz ergänzt und verstärkt wurde. Das Verhältnis zu Art. 27 I Allg. d. H.G.B., wurde in keiner Weise geändert.

Ebenso wenig wurde dieses Verhältnis geändert durch das W.Sch.G. vom 12. Mai 1894, das in § 14 die §§ 13 und 14 des Markenschutzgesetzes mit einigen Aenderungen wiedergab.

Da das neue H.G.B., wie schon erwähnt, in § 37 II den Art. 27 Allg. d. H.G.B., mit der ihm zu grunde liegenden Anschauung wiedergab, so ist nunmehr das Verhältnis zwischen § 14 W.Sch.G. und § 37 II H.G.B. dasselbe wie seinerzeit zwischen Art. 27 und § 287 St.G.B. d. h. § 37 II schützt die Firma als Personenbezeichnung, § 14 den Gebrauch desselben Wortes zur Warenbezeichnung oder die Firma als Sachbezeichnung. Letztere Bestimmung ist demnach keine Ergänzung der ersteren, sondern basiert auf ganz anderer Grundlage und hat somit durchaus selbständige Bedeutung.

Die hier vertretene Ansicht findet sich bei der Mehrzahl der Autoren des Zeichen- und Firmenrechtes, wenn auch mit manchen Abweichungen, ausgesprochen: Staub (Kom. z. H.G.B., 1900, zu § 37, S. 183), Gareis (Das d. Handelsr. 1903, S. 71), Frankenburger (Das d. H.G.B., 1898, zu § 37, S. 35), Goldmann (Das H.G.B,, 1901, Bd. I, zu § 37 II, S. 178, 2a), Kent (Das W.Sch.G., 1897, Ziff. 3 u. 562), Gierke (D. Privatr., Bd. I, S. 744), Seligsohn (W.Sch.G., 1905, S. 28, 180, 181), Pinner (Das R.-Ges. zur Bek. des

unl. Wettb., 1903, S. 108), Puchelt (Kom. z. allg. d. H.G.B., 1874, zu Art. 27, S. 57), Entsch. des R.-Ger. in Zivils. in d. d. Juristenzt., 1903, S. 477, Entsch. des R.O.H., Bd. 4, Nr. 53, Buschs Archiv, Bd. 32, S. 67 f.; anderer Ansicht ist Olshausen (Das Verh. des Namenr. z. Firmenr., 1900, S. 84) und insbesondere Cosack (Lehrb. des Handelsr., 1900, S. 84, 85). Er argumentiert so: da der Firmenmissbrauch nach § 14 W.Sch.G. grobe Fahrlässigkeit voraussetzt und gemäss § 37 II H.G.B. und § 823 B.-G.B. Schadenersatzpflicht in allen Fällen des Firmenmissbrauches zur Warenbezeichnung schon bei leichter Fahrlässigkeit begründet ist, so ist § 14 W.Sch.G. für den Firmenmissbrauch gegenstandslos. Diese Schlussfolgerung wäre richtig, wenn ihre Voraussetzung, dass § 37 II H.G.B. mit 823 B.G.B. alle Fälle des Firmenmissbrauches zur Warenbezeichnung bei leichter Fahrlässigkeit ergreife, richtig wäre. Diese Voraussetzung stützt sich wiederum auf die Annahme, dass im Falle des § 14 W.Sch.G. ein Gebrauch der Firma im Sinne des § 37 II H.G.B. vorliege, eine Annahme, die durch unsere Ausführungen hinreichend widerlegt sein wird. Gerade der Umstand, dass § 14 W.Sch.G., die Richtigkeit der Ansicht Cosacks angenommen, überflüssig wäre, ist geeignet, an ihren Voraussetzungen Zweifel zu erwecken. Man darf doch im allgemeinen dem Gesetzgeber nicht die Unvernunft zutrauen, überflüssige Gesetze zu schaffen. Tatsächlich war es nur das dringendste Bedürfnis, das ihn zur Schaffung des § 14 W.Sch.G. veranlasste.

In der folgenden Darstellung wird sich noch bei verschiedenen Anlässen Gelegenheit bieten, das Verhältnis des § 14 W.Sch.G. zu § 37 II H.G.B. in dem von uns vertretenen Sinne des näheren zu beleuchten.

4. Kapitel.

Der Schutz des Firmenrechtes auf Grund des Paragraph 14 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen.

§ 18.

Im Allgemeinen.

Fasst man zusammen, was § 37 II H.G.B. für den Firmenschutz leistet, so bemerkt man, dass sein Anwendungsgebiet verschiedene Lücken aufweist. Einmal ist der Missbrauch der Firma zur Warenbezeichnung dem Schutze des § 37 II H.G.B. entzogen. Sodann ist nicht erfasst der Gebrauch der Firma, der nicht im Handelsbetriebe stattfindet. Ferner entzieht sich der Anwendung des § 37 II derjenige Gebrauch, dessen Unbefugtheit sich aus anderen Vorschriften als aus denen des III. Abschnittes des I. Buches des H.G.B. ergibt. Ein Mangel ist auch, dass blosse Interessenverletzung nicht den Schutz des § 37 II rechtfertigen kann; und schliesslich ist auch der Anspruch auf Schadenersatz nicht in dieser Gesetzesstelle selbst begründet. Im folgenden wird es daher unsere Aufgabe sein, zu untersuchen, in welchem Umfange diese und noch einige andere weniger bedeutende Lücken durch das Gesetz in anderer Weise ausgefüllt werden.

Hier kommt nun besonders in Betracht § 14 W.Sch.G., der da lautet: «Wer wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit Waren oder deren Verpackung oder Umhüllung oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit dem Namen oder der Firma eines Andern oder mit einem nach Massgabe dieses Gesetzes geschützten Warenzeichen widerrechtlich versieht oder dergleichen widerrechtlich gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält, ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet».

«Hat er die Handlung wissentlich begangen, so wird er ausserdem mit Geldstrafe von 150 bis 5000 Mk. oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft. Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig».

Soweit die Firma zur Warenbezeichnung gebraucht wird, steht sie, wie oben dargelegt wurde, ausserhalb des Schutzes des § 37 II H.G.B. Diesen Teil des Schutzes leisten die vorstehenden Bestimmungen. Soweit sie auf die Firma Bezug haben, sind sie im folgenden eingehender zu betrachten.

§ 19.

Die Firma eines Andern.

Als geschützte Firma kommt in Betracht:

a) Die eingetragene Firma. Eine solche können haben der Vollkaufmann nach § 1 und 2 H.G.B., die Handelsgesellschaften und die sonstigen Personenverbände, auf welche die Vorschriften über die Kaufleute bezw. über Handelsgesellschaften entsprechende Anwendung finden. Die zu Unrecht eingetragene Firma geniesst den Schutz, wenn sie dem Kläger auch ohne Eintragung zustehen würde.

b) Die nicht eingetragene Firma, sofern eine Firma ohne Eintragung überhaupt bestehen kann. Ebenso wie das Markenschutzgesetz von 1874, das zwar den Schutz der Warenzeichen von der Eintragung der Firma abhängig machte, dagegen den Schutz der Firma gegen Missbrauch zur Warenbezeichnung in § 13 und 14 ohne Rücksicht auf ihre Eintragung und ohne Rücksicht darauf, ob ihr Träger Kaufmann, Gewerbetreibender oder Produzent war, gewährte und zwar im gleichen Umfange wie § 287 St.G.B., ebenso gewährt auch das Gesetz von 1894 seinen Schutz für alle Arten von Gewerbetreibenden und nicht bloss für Kaufleute im Sinne des H.G.B., somit auch für nicht eingetragene Firmen. Geschützt sind daher auch die Firmen der Minderkaufleute. Sind sie doch im Gegensatze zu den nicht kaufmännischen Gewerben immer noch Kaufleute im Sinne des H.G.B., wenn schon die Vorschriften des H.G.B. über die Firmen

auf sie keine Anwendung finden. Ebenso Allfeld (W.Sch.G., 1894, zu § 14, S. 57), Rhenius (W.Sch.G., 1897, zu § 14, S. 106), Landgraf (W.Sch.G., 1894, S. 4), Jacobson (Das R.-Ges. üb. d. Markenschutz, 1884, S. 7), Kohler (Das R. des Markensch., 1884, S. 125), anders Seligsohn (W.Sch.G., 1905, S. 175).

Nicht erforderlich ist, dass die Firma vom Inhaber als Warenzeichen benützt wird und als solches im Zeichenregister eingetragen ist. Ist sie aber als Warenzeichen eingetragen oder angemeldet, wobei Eintragung und bezw. Anmeldung auch für einen Andern als den Firmeninhaber z. B. mit dessen Einwilligung stattfinden kann, so ist sie daneben auch als Warenzeichen geschützt und zwar schon infolge der Anmeldung, auch wenn die Eintragung noch nicht erfolgt ist § 7 W.Sch.G. Wenn auch § 14 W.Sch.G. die Firma als solche schützen will, so ist sie damit nicht vom Warenzeichenschutze ausgeschlossen. Doch hat unsere Abhandlung in diesem Kapitel lediglich den Schutz der Firma als solcher im Auge, soweit sie von einem Unbefugten zur Warenbezeichnung verwendet wird, nicht aber den Schutz der Firma in ihrer Eigenschaft als ein für den Berechtigten im Zeichenregister eingetragenen Warenzeichen. Andererseits kann der Umstand, dass der Firmenberechtigte seine Firma in sein Warenzeichen aufnimmt, die Firma nicht des firmenrechtlichen Schutzes berauben, da der Firmeninhaber dadurch nicht auf den Schutz seiner Firma als eines selbständigen Rechtes verzichtet. Kohler (Das R. des Markensch. S. 278/79). Die Selbständigkeit des Zeichenschutzes der Firma gegenüber dem Schutze der Firma als solcher zeigt sich bei einer Aenderung der Firma. Eine solche lässt nämlich das Recht zur Führung der Firma als Warenzeichen unberührt. Vgl. § 9, Ziff. 2, W.Sch.-G. Ebenso Frankenburger (Das d. H.G.B., 1898, zu § 37, S. 35).

Nicht geschützt ist die Firma, deren Inhalt für einen Andern als Wortzeichen im Zeichenregister eingetragen ist d. h. der Zeicheninhaber kann den Schutz des Zeichenrechtes gegen die Firma in Anspruch nehmen. Auch kann die Eintragung eines Wortzeichens als Warenzeichen die spätere

freie Wahl einer Firma vereiteln, sofern sie das als Warenzeichen eingetragene Wort als Zusatz nach § 18 II H.G.B. in sich aufnehmen will. Die entgegenstehende Ansicht von Staub (Kom. z. H.G.B., 1900, zu § 37 II, S. 183) muss den Ausführungen des Reichsgerichtes (Entsch. in Strafs., Bd. 30, S. 13) weichen, das mit Recht betont, dass das Wahlrecht aus § 18 II H.G.B. durch bereits bestehende Warenzeichenrechte Dritter eingeengt wird, da sonst das in § 12 W.Sch.G. niedergelegte ausschliessliche Zeichenrecht jeden Wert verlieren würde, indem durch die Aufnahme des Wortzeichens in die neue eingetragene Firma dem Firmeninhaber der Gebrauch des Wortzeichens nach § 13 W.Sch.G. ermöglicht würde. Besteht aber die Firma schon bei Eintragung oder Anmeldung des Warenzeichens, dann darf sie jederzeit auch zur Warenbezeichnung gebraucht werden, sofern sich daraus nicht die Absicht des unlauteren Wettbewerbes ergibt.

Geschützt ist auch die ausländische Firma gegen die missbräuchliche Benutzung zur Warenbezeichnung im Inlande, sofern auch deutsche Firmen in dem betreffenden Auslande geschützt sind. Dass sie im Auslande den gleichen Schutz wie im Inlande geniessen, wird nicht gefordert. Es genügt, dass sie überhaupt irgend welchen Schutz geniessen. Entsch. des R.-Ger. in Strafs., Bd. 6, S. 272. Diese Bestimmung steht im Gegensatze zu § 37 II H.G.B., wonach ausländische Firmen schlechthin, also auch ohne Gegenseitigkeit, geschützt sind. Als Ausländer im Sinne des § 23 W.Sch.G. gilt jeder, der im deutschen Reiche keine Niederlassung besitzt. Ob er der deutschen Reichsangehörigkeit entbehrt oder nicht, ist nicht entscheidend.

Die Firma ist nur in der Form geschützt, wie sie im Handelsregister eingetragen ist bezw. bei mangelnder Eintragung, wie sie tatsächlich dem Inhaber zusteht. Daher entbehren frei gewählte Zusätze zur Firma des Schutzes. Denn die Firma bezweckt, ebenso wie der Name, eine Individualisierung. Deshalb ist die Firma auch stets in derselben Weise zu schreiben ohne Rücksicht auf die wirkliche Aussprache, die oft ein ganz verschiedenes Klangbild liefern kann, und nur diese Schreibweise geniesst den Schutz, nicht

aber eine der fremdländischen Aussprache mehr angepasste Schreibweise. Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 6, S. 75. Ebenso Stenglein (Strafr. Nebenges., 1903, zu § 14 W.Sch.G.), Allfeld (W.Sch.G., 1894, zu § 14, S. 72).

Nicht geschützt ist die bloss fingierte Firma, da sie nicht «die Firma eines Andern» ist.

§ 20.

Die Objekte der Warenbezeichnung.

Die Handlung des § 14 kann vorgenommen werden:

a) An Waren. Als solche kommen nur Objekte in Betracht, die für den Handelsverkehr bestimmt sind, d. h. die ihrer Bestimmung gemäss im Wege des Verkaufes oder Tausches zu veräussern sind. Ebenso Stenglein (Strafr. Nebenges., 1903, zu § 14 W.Sch.G.). Nicht erforderlich ist, dass die Waren gerade dem Täter selbst gehören. Das Delikt kann auch begangen werden an der Ware des Firmenberechtigten oder eines Dritten. Auch ist es ohne Bedeutung, ob die Ware mit derjenigen gleichartig ist, welche der Firmenberechtigte herstellt, in Verkehr bringt oder mit seiner Firma bezeichnet. Im Gegensatze zum Warenzeichen, das immer nur zur Bezeichnung einer bestimmten Warenart gewählt und durch Eintragung für diese Warenart geschützt wird, ist die Firma nicht auf bestimmte Warenarten beschränkt. Stephan Schmid (Der Schutz der gewerbl. Urheberr., 1899, S. 463), Kent (W.Sch.G., 1897, Ziff. 541), Allfeld (W.Sch.G., 1894, zu § 14), Rhenius (W.Sch.G., 1897, zu § 14, S. 106), Stenglein (Strafr. Nebenges., 1903, zu § 14, W.Sch.G.).

b) An der Verpackung oder Umhüllung von Waren. Umhüllung ist der weitere Begriff, der den der Verpackung schon in sich schliesst. Von einer Umhüllung im Sinne des § 14 kann man nur reden, wenn sie in eine äusserlich erkennbare, körperliche Verbindung mit der Ware getreten ist. An einer Umhüllung, welche die Ware noch nicht oder nicht mehr enthält, kann daher die Handlung nicht begangen werden. Nicht erforderlich ist, dass die Umhüllung bestimmt

ist, zugleich mit der Ware, welche sie enthält, in den Verkehr gebracht zu werden. Die Umhüllung kann z. B. lediglich zum Aufbewahren der Ware im Laden dienen; denn die Umhüllung setzt, wie das Reichsgericht (Entsch. in Strafs., Bd. 36, S. 87) ausführt, keine dauernde Verbindung der Ware mit der sie umgebenden Hülle voraus; es genügt vielmehr jede Verbindung, welche geeignet ist, ihre, wenn auch nur vorübergehende Zugehörigkeit zur Ware und ihre Bestimmung erkennen zu lassen, als Träger der Bezeichnung der Ware zu dienen.

Gleichgültig ist, wer Eigentümer der Umhüllung ist, ob der Täter selbst oder der verletzte Firmeninhaber oder ein dritter Unbeteiligter. Ebenso ist unerheblich, wer die Umhüllung um die Ware gelegt hat. Seligsohn (W.Sch.G., 1905, S. 154).

c) An Ankündigungen, Preislisten, Empfehlungen, Geschäftsbriefen, Rechnungen oder dergleichen. Gemeint sind damit alle Schriftstücke und Drucksachen, die im Handelsverkehre zur Erledigung der Geschäfte benutzt werden und zugleich in irgend einer Form auf ein bestimmtes Geschäft hinweisen, besonders wenn sie bei Veräusserung der Ware beigegeben werden. Die Ergänzung der nicht erschöpfenden Aufzählung durch die Worte «oder dergleichen» soll offenbar ebenfalls nur auf schriftliche Kundgebungen hindeuten. Bloss mündliche Ankündigung fällt daher nicht unter § 14 (Seligsohn W.Sch.G., 1905, zu § 14, S. 155).

§ 21.

Das Versehen mit der Firma.

Die in § 14 verbotene Handlung kann verschiedene Formen annehmen. Der eine Hauptfall ist der, dass die Ware u. s. w. mit der Firma versehen wird. Dazu muss noch die Absicht kommen, die Ware in Verkehr zu bringen, wenn dies im Gesetz auch nicht ausdrücklich gesagt ist. Der Zweck des Gesetzes ist doch, jede Verwendung der Firma im schriftlichen Geschäftsverkehr oder zur Warenbezeichnung zu verhüten, welche die Ware in eine Beziehung

zu einem bestimmten Geschäfte bringe, die in Wirklichkeit nicht gegeben ist. Diese Gefahr besteht erst, wenn das Versehen der Ware mit der Firma aus der Absicht entspringt, die Ware dann auch in Verkehr zu setzen. Diese Absicht ist freilich bei den urkundlichen Verwendungsarten der Firma, ihrer Zweckbestimmung entsprechend, selbstverständlich. Denn in dem Anfertigen eines Geschäftsbriefes z. B. liegt immer auch die Absicht, ihn zu versenden d. h. in Verkehr zu bringen.

Bezüglich der Waren, Verpackungen oder Umhüllungen müsste die Absicht des Inverkehrbringens im Bestreitungsfalle auch nicht besonders nachgewiesen werden. Es ist vielmehr Sache des Beklagten, den Mangel dieser Absicht zu beweisen.

Was insbesondere das Versehen der Ware, Verpackung oder Umhüllung mit der Firma anlangt, so muss es in einer Weise geschehen, die beim Käufer den Anschein erregt, als rühre die Ware von dem in der Firma bezeichneten Kaufmanne her. Ebenso Allfeld (W.Sch.G., 1894, zu § 14, S. 76). Dieser Anschein wird nicht erregt, wenn der Kaufmann neben der Firma des Herstellers der Ware oder auf der vom Hersteller gar nicht bezeichneten Ware seine Firma oder sein Warenzeichen anbringt.

Die Firma muss auf der Ware oder Umhüllung selbst angebracht sein. Dies kann auch in der Weise geschehen, dass rechtmässig mit der Firma versehene Waren der falschen Ware beigefügt werden, um dann diese zusammengesetzte Ware in Verkehr zu bringen. Ferner ist die fremde Firma angebracht, wenn jemand sich auf der Ware fälschlich als Vertreter der fremden Firma bezeichnet.

Dagegen ist nicht erforderlich, dass die Firma wirklich erst angebracht wird, also vorher noch nicht angebracht war. So ist es möglich, dass jemand zur Verpackung der Ware eine mit der fremden Firma bezeichnete Umhüllung verwendet, in der sich vorher eine Ware befand, die wirklich vom Inhaber der verwendeten Firma herrührte. Ferner hat das Reichsgericht (Entsch. in Strafs., Bd. 23, S. 366) entschieden, der Käufer einer auf Flaschen gefüllten Ware sei

nicht berechtigt, nach einstweiliger Beseitigung der als Verschlussmittel der einzelnen Flaschen dienenden Warenzeichen des Verkäufers den Inhalt der Flaschen zusammenzugiessen, später aber das Gemisch auf die Flaschen zurückzufüllen und diese wieder mit dem Warenzeichen des Verkäufers zu schliessen. Denn die in der Anbringung des Warenzeichens oder der Firma liegende Erklärung des Verkäufers, er stehe dafür ein, dass das so bezeichnete Stück der Ware von ihm verfertigt oder in Verkehr gebracht worden sei, erstrecke sich nur auf das konkrete Stück, während durch die Tätigkeit des Käufers eine anders individualisierte Flüssigkeitsmenge und ein anderes Warenstück untergeschoben worden sei.

Das Versehen mit der fremden Firma erfordert auch nicht, dass die fremde Firma gerade «als» Firma angebracht wird. Die Ware ist mit der fremden Firma auch dann noch versehen, wenn die eigene Firma des Beklagten auf der Ware beigefügt ist. Ebenso Stenglein (Strafr. Nebenges. zu § 14 W.Sch.G.). Ebensowenig ist notwendig, dass es dem Abnehmer der Ware möglich ist, die fremde Firma auf der Ware zu erkennen. Es liegt daher ein Versehen der Ware mit der Firma eines andern auch dann vor, wenn die fremde Firma überdruckt oder überklebt ist, um sie weniger leicht erkennbar zu machen; denn auch hierin liegt zum Mindesten eine Gefährdung des fremden Firmenrechtes. Davon endlich, dass der Konsument die Firma des Andern auf der Ware wirklich erkennen müsste, kann vollends keine Rede sein.

Was die urkundliche Verwendung der fremden Firma im Handelsverkehre anlangt, so kommt es auch hier nicht darauf an, ob die Ankündigungen, Preislisten u. s. w. erst mit der Firma versehen wurden oder schon vorher versehen waren, sofern sich nur die Absicht des Inverkehrbringens dazu gesellt, die hier allerdings in der Regel vorhanden ist.

Unter Anbringen oder Versehen ist auch die gewerbliche Benutzung der vorher angebrachten Firma zu verstehen. Daher hat das Reichsgericht (Entsch. in Strafs., Bd. 37, S. 258) Gebrauch eines fremden Warenzeichens, ohne dass

ein wirkliches Anbringen vorliegt, auch darin gefunden, dass der Beklagte nach Eintragung des Zeichens für einen Andern das am Schaufenster seines Geschäftes befindliche Zeichen als Ankündigung von Waren, für welche das eingetragene Zeichen bestimmt ist, bestehen lässt. Diese, das Warenzeichen betreffende Entscheidung ist auf die schriftlichen Formen des Firmengebrauches entsprechend anzuwenden, da § 14 das fremde Warenzeichen und die fremde Firma gleichmässig schützt. Ebenso wird § 14 anwendbar, wenn jemand mit der Firma versehene Preislisten des Firmeninhabers, die er als dessen früherer Vertreter noch in Händen hat, nunmehr als Preislisten für sein Geschäft verwendet und als solche versendet. Desgleichen ist es unerheblich, dass die Rechnung, an deren Kopf die Firma eines Andern angebracht ist, mit der eigenen Firma unterzeichnet ist, oder dass am Kopfe der Rechnung, in der die fremde Firma nur als ein näher bezeichnendes Eigenschaftswort für die Ware gebraucht ist, die eigene Firma steht. Denn das Versehen mit der Firma eines Andern bedeutet nicht, dass das Geschäftspapier selbst sich als vom Inhaber der betreffenden Firma ausgegangen gibt. Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 36, S. 15.

Da § 14 für den Firmengebrauch zur Warenbezeichnung auf jeden Fall eine körperliche Beziehung der Firma zur Ware verlangt, kann der bloss mündliche Gebrauch der Firma, der die Waren des Gebrauchenden in eine gewisse Beziehung zur Firma eines Andern bringen will, nicht den Bestimmungen des § 14 unterworfen werden im Gegensatze zu § 37 II H.G.B., der auch im Falle des bloss mündlichen Gebrauches der Firma die Anwendung seiner Bestimmungen gestattet. Ebenso Düringer-Hachenburg (Das d. H.G.B., Bd. I, 1899, zu § 37 II) und Kent (W.Sch.G., 1897, Ziff. 562). Im mündlichen Gebrauche der Firma kann überhaupt kein Gebrauch zur Warenbezeichnung liegen; denn ein solcher kann sich nur durch ein sichtbares Kenntlichmachen einer Ware ausdrücken, das, soweit eine Firma verwendet wird, nur durch schriftlich fixierte Worte geschehen kann, nicht aber durch bloss mündlichen Gebrauch der Firma. Hier

kommt daher wieder § 37 II H.G.B. zur Anwendung, da er nur den Gebrauch der Firma zur Warenbezeichnung von seinem Schutze ausschliesst, ein solcher Gebrauch hier aber nicht vorliegt.

Ist die Ware u. s. w. mit der fremden Firma versehen, so ist es gleichgültig, ob die Firma als eigene Firma des Täters — auch nach Massgabe des § 13 W.Sch.G. — oder als Warenzeichen verwendet wird.

§ 22.

Insbesondere das Versehen mit einer abweichenden Firma.

Das Versehen der Ware u. s. w. mit einer fremden Firma kann auch in der Weise erfolgen, dass die auf der Ware befindliche eigene Firma, die mit der fremden Firma grosse Aehnlichkeit hat, durch Zusätze mit der fremden Firma gleichlautend gemacht wird, sofern dadurch der Anschein erweckt wird, als rühre die Ware vom Inhaber der fremden Firma her. Hier greift § 20 W.Sch.G. ein, wonach § 14 auch dann Anwendung findet, wenn die fremde Firma mit Abweichungen gebraucht wird, sofern ungeachtet dieser Abweichungen die Gefahr einer Verwechslung im Verkehre vorliegt. Diese Gefahr ist begründet, wenn ein Unterschied zwischen der fremden und eigenen Firma vom Publikum nur bei Anwendung besonderer Aufmerksamkeit wahrgenommen werden kann. Eine generelle Regel für alle Fälle, in denen diese Unterscheidung ohne Anwendung besonderer Aufmerksamkeit noch möglich ist, kann natürlich nicht aufgestellt werden. Es ist vielmehr nach den besonderen Umständen des Einzelfalles darüber zu entscheiden. Eine solche Abweichung im Gebrauche der fremden Firma liegt insbesondere dann vor, wenn sie in ein angemeldetes Warenzeichen oder in die als Warenzeichen gebrauchte eigene Firma aufgenommen und in dieser Form auf der Ware u. s. w. angebracht wird. Allfeld (W.Sch.G., 1894, zu § 14, S. 74).

Eine andere Art der Abweichung ist das Anbringen der fremden Firma mit Verzierungen und Zutaten, sofern

ungeachtet derselben die Gefahr der Verwechslung begründet ist. Diese Gefahr besteht nicht mehr, wenn dadurch die fremde Firma derart verwischt wird, dass sie als solche d. h. als individuelle Bezeichnung eines fremden Geschäftes überhaupt nicht mehr erkannt werden kann. In diesem Falle ist auch die Notwendigkeit des Firmenschutzes nicht mehr einzusehen. Die Zutaten und Verzierungen können in Worten oder Figuren bestehen. Im ersteren Falle ist die Gefahr der Verwechslung wohl kaum zu beseitigen. Im zweiten Falle dagegen kann dies viel leichter geschehen. Falls die fremde Firma im Handelsregister eingetragen ist und in Wirklichkeit mit Abweichungen von diesem Eintrage vom Berechtigten gebraucht wird, der Beklagte jedoch die eingetragene Form der Firma mit Zutaten und Verzierungen versehen oder in sein Warenzeichen oder in seine Firma, die er zur Warenbezeichnung gebraucht, aufgenommen hat, muss behufs Beantwortung der Frage, ob eine Nachahmung vorliegt, die Vergleichung in der Weise bewirkt werden, dass unter Zugrundelegung der Annahme, der Kläger würde seine Firma in der eingetragenen Form gebrauchen, geprüft wird, ob nach dem Eindrucke der Abnehmer der Ware ohne Anwendung besonderer Aufmerksamkeit das Warenzeichen des Beklagten mit der Firma des Klägers identisch sei. Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 19, S. 170.

Unzulässig ist es § 20 W.Sch.G. mit § 30 H.G.B. in Verbindung zu bringen, indem man so argumentiert: § 30 H.G.B. verlangt, dass sich mehrere Firmen am nämlichen Orte oder in derselben Gemeinde, von denen die eine eingetragen ist, deutlich unterscheiden. Sonst darf die neue Firma nicht eingetragen werden. Wenn aber der Eintrag mit den in § 30 H.G.B. geforderten Zusätzen wirklich erfolgt ist, ist somit die Unterscheidung eine deutliche. Es liegt dann also die Gefahr der Verwechslung nicht vor, auch wenn die Firmen identisch sind. Es ist demnach der eingetragene Firmeninhaber, der seine Firma zur Warenbezeichnung gebraucht, der Klage aus § 14 nicht ausgesetzt, wenn er die fremde, ebenfalls eingetragene, mit der seinigen identische Firma zur Warenbezeichnung gebraucht. Dieser

Argumentation steht entgegen, dass § 20 W.Sch.G. gar nicht auf dem H.G.B. beruht, sondern ebenso wie § 14 und andere Bestimmungen des W.Sch.G. durchaus unabhängig vom H.G.B. zu betrachten ist. Die Frage, ob eine in die Augen fallende Aenderung nach § 20 W.Sch.G. vorliegt, ist daher lediglich nach den besonderen Tatumständen zu beurteilen. Vgl. Buschs Archiv, Bd. 32, S. 67 ff.

In einem gewissen Sinne ist auch die Verwechslungsgefahr unerheblich, insoweit nämlich nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 13 W.Sch.G. durch die Eintragung eines Warenzeichens Niemand gehindert wird, seine Firma, sei es auch in abgekürzter Gestalt, auf Waren, auf deren Verpackung oder Umhüllung anzubringen. Dies bedeutet zweierlei: Wenn A ein Warenzeichen für sich hat eintragen lassen, kann B trotzdem seine Firma in dem angeführten Sinne gebrauchen, ohne das Zeichenrecht des A zu verletzen. Die andere Bedeutung, die für uns in Betracht kommt, ist die: Wenn A ein Warenzeichen für sich hat eintragen lassen, so kann er daneben doch noch selbständig seine Firma, die mit dem Warenzeichen gleichlautend ist, im Sinne des § 13 gebrauchen, ohne dadurch die Firma des B zu verletzen, auch wenn diese mit der abgekürzten Form der Firma des A identisch sein sollte. Hier könnte demnach A nicht aus § 14 wegen Gebrauches der Firma des B zur Warenbezeichnung belangt werden. Dem § 13 W.Sch.G. liegt der Gedanke zugrunde, dass im allgemeinen fremdes Zeichenrecht zu achten ist, sofern ihm nicht eigenes Firmenrecht entgegensteht. Andererseits darf durch das Zeichenrecht nicht die freie Firmenwahl beeinträchtigt werden. Man darf daher eine rechtmässig erworbene Firma gebrauchen oder eine neue Firma wählen ohne Rücksicht darauf, ob sie mit einem eingetragenen Zeichen übereinstimmt, mit der Massgabe, dass die Wahl von Zusätzen zur Firma nach § 18 II H.G.B. durch eingetragene Zeichenrechte beschränkt ist. Dies gilt für die Firma, die bei Eintragung des Zeichens schon zu Recht bestand. Dagegen für die Firmen, die erst nach Eintritt des Zeichenschutzes gemäss § 12 W.Sch.G. zur Entstehung gelangen, beschränkt sich diese Bevorzugung des

Firmenrechtes gegenüber dem Zeichenrechte auf die notwendigen Bestandteile der Firma, Seligsohn (W.Sch.G., 1905, S. 177/178). Doch darf nur die eigene Firma im Sinne des § 13 W.Sch.G. gebraucht werden, Kent (W.Sch.G., 1897, Ziff. 489).

Das Reichsgericht (Entsch. in Zivils., Bd. 56, S. 422) hat als Abkürzungen, die nach § 13 W.Sch.G. zulässig sind, nicht bloss die allgemein üblichen betrachtet, aus denen jedermann die wirkliche Firma zu erkennen vermag, sondern auch eine im Einzelfalle als Schlagwort dem wesentlichen Inhalte der Firma entnommene Abkürzung, wenn sie in den beteiligten Abnehmerkreisen als Abkürzung der betreffenden Firma bekannt ist. Durch das hier aufgestellte Erfordernis, dass die Abkürzung als solche der betreffenden Firma allgemein bekannt sein muss, wird die Unbilligkeit, die sich aus § 13 W.Sch.G. in manchen Fällen ergeben könnte, einigermassen eingeschränkt. Soweit diese Einschränkung nicht reicht, ist Abhilfe nur auf Grund des Wettbewerbgesetzes möglich, sofern die Voraussetzungen für sein Eingreifen gegeben sind.

Cosack (Lehrb. des Handelsr., 1900, S. 83) will das Verbot der Nachahmung der Firma, soweit dadurch die Gefahr der Verwechslung hervorgerufen werden kann, auch auf den mündlichen Verkehr ausdehnen. Er kommt zu diesem Resultat, indem er für den Schutz der Firma gegen Verwendung zur Warenbezeichnung § 14 W.Sch.G. für durchaus überflüssig erklärt, da § 37 II H.G.B. und § 823 B.G.B. schon alle Fälle des Firmenmissbrauches treffen und darunter auch den mündlichen Missbrauch, und indem er in § 20 W.Sch.G. nur eine Ausdehnung des Schutzes des § 37 II H.G.B. vom unmittelbaren Gebrauche der Firma auf blosse Nachahmungen erblickt. Dem ist entgegenzuhalten, dass § 20 W.Sch.G. nicht eine Ergänzung des H.G.B., sondern eine Ergänzung der Bestimmungen dieses Gesetzes d. h. des W.Sch.G. enthalten will. § 20 W.Sch.G. hat, wie alle Bestimmungen des W.Sch.G., mit dem H.G.B. gar nichts zu tun, sondern ist Bestandteil eines vom H.G.B. völlig unabhängigen Gesetzes. Wenn daher Cosack dem § 14

bezüglich seines firmenrechtlichen Inhaltes die Daseinsberechtigung aberkennt, so muss er dies ebenso mit § 20 als einer Ergänzung des § 14 tun, kann aber nicht nach Belieben die eine Bestimmung des Gesetzes ablehnen und die andere aufrecht erhalten, als Ergänzung zu § 37 II H.G.B., dessen jeden Firmengebrauch umfassende Wirksamkeit ihm nachträglich doch etwas zweifelhaft zu werden scheint.

§ 23.

Das Inverkehrbringen und Feilhalten.

Eine weitere Art der Ausführung der Handlungen des § 14 ist die, dass die so gekennzeichneten Waren in Verkehr gebracht oder feilgehalten werden. Inverkehrbringen ist jede Handlung, durch welche die Ware anderen Personen zugänglich gemacht und dadurch Gelegenheit gegeben wird, die Ware zu erwerben. Vgl. Seligsohn (Patentges., 1901, S. 91). Der Verkehr ist hier somit nicht in dem engen Sinne des Handelsverkehrs zu verstehen, sondern umfasst jede Art des Verkehres. Ebenso Buschs Archiv, Bd. 32, S. 67 ff., Allfeld (W.Sch.G., 1894, zu § 14, S. 78), Stenglein (Strafr. Nebenges., 1903, zu § 14 W.Sch.G.). Nicht nötig ist, dass die Ware wirklich auf einen Andern übertragen wird. Es genügt schon, wenn die Ware dem Verkehre nur dargeboten wird. Abweichend Meyer (Der Schutz der Warenbez., 1894, S. 41), der die Ware nur dann als in den Verkehr gebracht ansieht, wenn ihr Inhaber sie derartig aus seinem Gewahrsam entlassen hat, dass ein Anderer daran die freie Verfügung erlangt.

Auf jeden Fall ist die Absicht erforderlich, die Ware auch wirklich in den Verkehr gelangen zu lassen, wenn sich Gelegenheit dazu bietet. Würde diese Absicht, den Gegenstand aus der Hand zu geben, fehlen, so könnte von einem Inverkehrbringen keine Rede sein. Doch wird das Vorliegen dieser Absicht die Regel bilden, so dass der Beklagte im Einzelfalle das Fehlen dieser Absicht beweisen müsste. Seligsohn (W.Sch.G., 1905, S. 159). Auf welche Weise das Inverkehrbringen bewerkstelligt wird, ist gleichgültig. Land-

graf (W.Sch.G., 1894, S. 73). Gerade um eine zu enge Auslegung ferne zu halten, wurde neben das Inverkehrbringen das Feilhalten gestellt. Unter Feilhalten ist das Zugänglichmachen der Ware zum Zwecke der Veräusserung zu verstehen. Vgl. Seligsohn (Patentges., 1901, S. 92). Das Reichsgericht (Entsch. in Strafs., Bd. 29, S. 354) hat auch Ankündigung der mit der fremden Firma bezeichneten Ware in der Zeitung als Feilhalten im Sinne des § 14 erklärt. Kohler (Das R. des Markensch., S. 339) rechnet hieher auch das Aufstellen der Ware in einer öffentlichen Ausstellung, dagegen nicht die Einführung der Ware in ein Lagerhaus, weil hier die Veräusserungsabsicht nicht der Grund der Einführung in das Lagerhaus ist. Nicht verlangt ist, dass dieses Feilhalten öffentlich geschehen müsse d. h. die Ware einem Personenkreise von unbestimmtem Umfange zugänglich gemacht werde. Abw. Meyer (Der Schutz der Warenbez., 1894, S. 44), der verlangt, dass die Ware dem kaufenden Publikum als solchem, nicht nur bestimmten Personen zugänglich gemacht werde. Der Begriff des Feilhaltens ist auch weiter als der des Feilbietens. Letzteres erfordert, dass der Besitzer der Ware sich zum Zwecke der Veräusserung in eine besondere Beziehung zum Erwerber setze und diesem gegenüber eine positive Tätigkeit entwickle, während er beim Feilhalten sich auf ein abwartendes Verhalten beschränken kann.

Auch das Inverkehrbringen braucht nicht öffentlich zu geschehen, kann vielmehr ganz im geheimen z. B. im Wege der Veräusserung von Person zu Person ohne Zugänglichmachung der Ware für einen grösseren Personenkreis stattfinden. Ist die mit der Firma bezeichnete Ware einmal in Verkehr gesetzt, so ist ein erneutes Inverkehrbringen nicht mehr möglich. Ebenso Buschs Archiv, Bd. 32, S. 67 ff. Die gegenteilige Ansicht vertritt Stenglein (Strafr. Nebenges., 1903, zu § 14 W.Sch.G.), ferner Seligsohn (W.Sch.G., 1905, S. 159). Letzterer rechnet hieher auch «jedes Weiterbringen der Ware in einen neuen Verkehrskreis». Diese Ansicht dürfte begriffliche Schwierigkeiten haben. Die gleichsam geometrische Einteilung des Verkehrs in verschiedene Ver-

kehrskreise kann man sich nur schwer vorstellen. Noch schwieriger ist aber die Feststellung, wann im Einzelfalle die Ware aus einem Verkehrskreise in einen anderen neuen Verkehrskreis übergegangen ist, zumal Seligsohn unterlassen hat, anzugeben, wo er die Grenzen dieser Verkehrskreise erblickt. Sodann ist auch diese Einteilung des Verkehrs aus dem Gesetze selbst in keiner Weise zu entnehmen. Wir müssen also den Verkehr als einen festen allgemeinen Begriff auffassen. Wenn die Ware sich im Verkehr befindet, kann sie nicht erst in den Verkehr gesetzt werden. Das Gegenteil anzunehmen ist begrifflich widersinnig. Andererseits wäre es auch ungerecht, wenn der verletzte Firmeninhaber, nachdem die mit seiner Firma bezeichnete Ware einmal in den Verkehr gelangt ist, ihrer Weiterveräusserung und damit dem fortgesetzten Missbrauche seiner Firma gegenüber machtlos wäre. Diese durch den Begriff des Inverkehrsetzens nicht betroffenen Fälle zu ergreifen, war der Zweck, warum die Worte «feil halten», die der Regierungsentwurf des Markenschutzgesetzes von 1874 noch nicht enthielt, bei der Beratung im Reichstage beigefügt wurden. Man wollte damit zum Ausdruck bringen, dass die Bestimmung des § 14 nicht bloss den ersten, der die Ware in den Verkehr bringt, sondern auch den Zwischenhändler treffen sollte. Vgl. Jakobson (Das R.-Ges. üb. Markenschutz, 1884, S. 19).

Anders ist die Sache, wenn die Ware nach Entfernung der fremden Firma von neuem mit derselben oder einer anderen Firma versehen und dann abermals in Verkehr gesetzt wird. Es kann somit der Erwerber einer mit fremder Firma bezeichneten Ware dieselbe durch Weiterveräusserung nicht wiederum in Verkehr setzen und so die Handlung des § 14 begehen, sondern er müsste zu diesem Zwecke die Firma von der Ware u. s. w. entfernen, eine andere oder auch dieselbe Firma wieder anbringen und dann die Ware von neuem in Verkehr setzen.

§ 24.

Das Verschulden.

Zu den bisher behandelten Voraussetzungen des Firmenschutzes kommt als weiteres Erfordernis ein bestimmter Grad des Verschuldens. Während das Markenschutzgesetz von 1874 nur bei wissentlicher Begehung der Handlung seinen Schutz gewährte, tritt § 14 W.Sch.G. auch schon bei grober Fahrlässigkeit in Wirksamkeit.

A) Die Wissentlichkeit.

Unter Wissentlichkeit ist dasselbe wie unter dem strafrechtlichen Begriffe des Vorsatzes zu verstehen. Der Vorsatz ist das bewusste Wollen sämtlicher Tatbestandsmerkmale. Auch für die zivilrechtliche Entschädigungspflicht nach § 14 I kommt dieser strafrechtliche Begriff in Betracht, der einerseits den eigentlichen Begriff des Wissens umfasst, andererseits noch darüber hinausreicht, indem er damit auch das Wollen des rechtswidrigen Erfolges verbindet. Anderer Meinung ist Rhenius (W.Sch.G., 1897, zu § 14, S. 110), der im Falle des § 14 II neben der Wissentlichkeit noch einen besonderen Vorsatz verlangt.

Die Wissentlichkeit ist gegeben, wenn dem Täter bekannt ist, dass bereits ein Anderer im Verkehre sich der Firma tatsächlich bedient, ohne sich dadurch abhalten zu lassen, dieselbe Firma ebenfalls zu benutzen, oder wenn der Täter weiss, dass die Firma nicht demjenigen zusteht, der die Bezeichnung der Ware vorgenommen hat, und wenn er trotz dieses Wissens die so bezeichnete Ware in Verkehr bringt, oder wenn der Täter weiss, dass die Firma einem Andern zusteht und die Nachahmung geeignet ist, Verwechslungen im Verkehre hervorzurufen, und wenn er gleichwohl die Waren mit der nachgeahmten Firma bezeichnet, oder wenn der Täter weiss, dass die Firma einem Andern zusteht als demjenigen, der die nachgeahmte Firma zur Warenbezeichnung verwendet, dass diese Nachahmung geeignet ist, Verwechslungen im Verkehre hervorzurufen, und wenn er gleichwohl die so bezeichneten Waren in Verkehr setzt.

Diese vier Fälle der Wissentlichkeit entsprechen den vier möglichen Handlungen der §§ 14 und 20: Bezeichnen von Waren mit einer fremden Firma, Inverkehrbringen so bezeichneter Waren, Bezeichnen von Waren mit einer nachgeahmten Firma, Inverkehrsetzen so bezeichneter Waren.

Neben diesem Hauptfalle des dolus hat die herrschende Strafrechtslehre noch einen dolus eventualis anerkannt. Er liegt im Allgemeinen vor, wenn der Täter bei Begehung der Handlung nicht bestimmt weiss, ob seine Handlungsweise einen strafbaren Erfolg haben werde, aber für den Fall, dass dieser Erfolg eintreten sollte, ihn als von Anfang an gewollt ansehen und gelten lassen will. Dieser dolus eventualis ist nicht bloss bezüglich der Strafbarkeit, sondern auch bei der zivilrechtlichen Entschädigungspflicht des § 14 als hinreichender Grad des Verschuldens anzunehmen; denn unmöglich kann die Wissentlichkeit in § 14 I und 14 II einen verschiedenen Sinn haben, zumal schon aus der Fassung des Gesetzes hervorgeht, dass das Wort «wissentlich» in § 14 II lediglich auf die wissentliche Begehung nach § 14 I Bezug nehmen will. Darnach liegt in unserem Falle dolus eventualis vor, wenn der Täter sich der Möglichkeit bewusst ist, dass er durch das Versehen der Ware u. s. w. mit der Firma, wenn auch mit Abweichungen, oder durch das Inverkehrbringen so bezeichneter Waren ein fremdes Firmenrecht verletzen könnte, und mit dem Willen, auch auf diesen Fall hin die Firma zu benutzen, die Handlung vornimmt. Ebenso Entsch. des R.-Ger. in Strafs., Bd. 6, S. 272, Jur. Wochenschr., 1891, S. 546, 547, Allfeld (W.Sch.G., 1894, zu § 14, S. 69), Rhenius (W.Sch.G., 1897, zu § 14, S. 109), Stenglein (Strafr. Nebenges., 1903, zu § 14, W.Sch.G.), während man bei Behrend (Lehrb. des Handelsr., 1880, Bd. I, § 41, Anm. 55) über die Zulassung des dolus eventualis im Unklaren ist.

Für die Beurteilung der Verantwortlichkeit des Täters ist von Bedeutung der Einfluss des Irrtums bei Begehung der Handlung. Dabei ist der blosse Rechtsirrtum vom Tatirrtum zu unterscheiden. Ersterer vermag die Verantwortlichkeit des Täters weder auszuschliessen noch zu be-

schränken. Er liegt vor, wenn sich der Täter über die Rechtsfolgen seiner Handlungsweise im Irrtum befindet, wenn er also annimmt, dass seine Tat ihn überhaupt nicht oder nur beschränkt oder doch in anderer Weise, als das Gesetz in Wirklichkeit bestimmt, haftbar machen werde. In unserem Falle würde sich daher der Täter in einem Rechtsirrtume befinden, wenn er der Ansicht huldigen würde, dass jeder Produzent, Feilhalter oder Veräusserer der betreffenden Ware dazu die unter Anklage stehende Firma gebrauchen dürfe, und damit über das Vorhandensein und die Bedeutung des Rechtes zur Firmenführung im Sinne des § 14 geirrt hätte, ohne über das Vorhandensein eines Tatumstandes, der zum Tatbestande des § 14 gehört, sich im Irrtum befunden zu haben.

Ein Tatirrtum im Gegensatze zum Rechtsirrtum liegt vor, wenn der Täter bei Begehung der Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, die zum gesetzlichen Tatbestande der Handlung gehören. Diese Umstände sind ihm bei Beurteilung der Handlung nicht zuzurechnen. Dies gilt jedoch nur für die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 14 II. Dagegen kann die zivilrechtliche Entschädigungspflicht nach § 14 I durch Tatirrtum weder beseitigt noch eingeschränkt werden. Zur Begründung hiefür darf allerdings § 122 B.G.B. nicht herangezogen werden, da diese Bestimmung nur im Verhältnis des Täters zum Abnehmer der Ware anwendbar werden kann und das in § 119 B.G.B. zugelassene Anfechtungsrecht nur für Rechtsgeschäfte, nicht aber für unerlaubte Handlungen, zu denen doch die Tat des § 14 W.Sch.G. sicher gehört, Platz greift. Im übrigen ist die Frage, ob ein Tatirrtum vorliegt, nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zu entscheiden. Ein Irrtum über Tatumstände würde vorliegen, wenn der Täter zwar wusste, dass die Firma einem Andern zusteht, aber irrtümlicherweise annahm, die von ihm zur Warenbezeichnung gebrauchte Firma sei nicht identisch oder verwechslungsfähig mit der fremden Firma, oder wenn er irrtümlicherweise sich zur Führung der Firma als seiner eigenen befugt hielt. Wenn er dagegen wusste, dass die Firma

nicht ihm selbst zustehe, aber irrtümlicherweise glaubte, die Firma stehe auch nicht einem Andern zu, so ist kein Tatirrtum gegeben, sondern die Handlung des § 14 wissentlich begangen. Denn die Worte «Firma eines Andern» bedeuten jede Firma, die dem Täter nicht selbst zusteht, also auch die Firma, die noch Niemandem zusteht. Will jemand eine solche Firma gebrauchen, so muss er sich dabei den Vorschriften des H.G.B. unterwerfen und zusehen, ob nicht ein ausschliessliches Firmenrecht eines Andern oder das Erfordernis der deutlichen Unterscheidung neu entstehender Firmen seiner Handlungsweise im Wege stehen. Hier wäre daher nur im günstigsten Falle ein Rechtsirrtum über die Erfüllung der Voraussetzungen des H.G.B. anzunehmen, der nicht entschuldigt. Noch weniger kann ein Irrtum über die Person des verletzten Firmeninhabers für die Zurechnung dieses Umstandes von Bedeutung sein, da das Bewusstsein, eine genau bestimmte Person in ihrem Firmenrechte zu verletzen, überhaupt nicht zum Tatbestande des § 14 gehört; denn in dieser Bestimmung ist nur das Firmenrecht als solches geschützt.

Ist einmal die Wissentlichkeit gegeben, so ist daneben ein besonderes Bewustsein der Rechtswidrigkeit oder Strafbarkeit der Handlung nicht erforderlich. Ebenso Allfeld (W.Sch.G., 1874, zu § 14).

B) Grobe Fahrlässigkeit.

Neben der Wissentlichkeit ist als genügender Grad des Verschuldens auch die grobe Fahrlässigkeit anerkannt. Das Markenschutzgesetz von 1874 gestattete seine Anwendung nur bei vorsätzlicher Handlungsweise des Täters. Dies war ein grosser Mangel, da die Wissentlichkeit nur schwer oder gar nicht nachweisbar war. Dem sollte abgeholfen werden durch Einfügung der groben Fahrlässigkeit in das Gesetz von 1894. Ob es zweckmässig war, bei Einbeziehung der Fahrlässigkeit sich auf die grobe Fahrlässigkeit zu beschränken, ist eine andere Frage. Schon bei der Vorbereitung des Gesetzes von 1894 erhoben sich gewichtige Stimmen dagegen. So wurde in der Sitzung des deutschen

Vereins zum Schutze des gewerblichen Eigentums vom 20. Dezember 1892 der Vorschlag gemacht, Fahrlässigkeit schlechthin als genügenden Grad des Verschuldens festzusetzen, weil die Unterscheidung zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit und daher der Nachweis der ersteren die grössten Schwierigkeiten biete. Ebenso erkannte man, dass auch eine Abgrenzung der groben Fahrlässigkeit von der Wissentlichkeit im Falle des § 14 II im Einzelfalle nur schwer durchzuführen ist. Man ging daher sogar soweit, hier das Erfordernis der Wissentlichkeit zu streichen und auch die Strafverfolgung in allen Fällen der Fahrlässigkeit eintreten zu lassen. Vgl. Zeitschr. f. gewerbl. R.-Schutz, II, 1893, S. 6.

Das B.G.B. versteht unter einem Fahrlässighandelnden denjenigen, der die im Verkehre erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt § 276 B.G.B. Die Pflicht zur Vertretung der Fahrlässigkeit wird meist dadurch angedeutet, dass der Kenntnis eines Tatumstandes das Kennenmüssen desselben gleichgestellt wird, z. B. § 122 II B.G.B. Das H.G.B. hat der Haftung für Verschulden die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zugrunde gelegt § 347 H.G.B. Diesen stärkeren Grad der Haftung hat das W.Sch.G. nicht verlangt. Es begnügt sich vielmehr mit der Vertretung der groben Fahrlässigkeit, wie sie nach allgemeinen Anschauungen aufgefasst und auch im § 347 H.G.B. aufrecht erhalten ist. Demnach ist die Verantwortlichkeit nicht schon bei leichter Fahrlässigkeit begründet d. h. wenn der Täter versäumt, sich in jeder möglichen Weise darüber Kenntnis zu verschaffen, ob seine Handlung das Firmenrecht eines Andern verletze, vielmehr erst dann, wenn er die nach Lage des Falles normalerweise zu Gebote stehenden Mittel unbeachtet lässt, die ihm über das Bestehen eines fremden Firmenrechtes Kenntnis hätten verschaffen können. Grobe Fahrlässigkeit liegt insbesondere dann vor, wenn der Täter die gerade für den Warenzeichen- und Firmenschutz getroffenen besonderen Einrichtungen, nämlich die Handelsregister und die beim Patentamte geführten Zeichenregister, sowie die Publikationen in öffentlichen Blättern nicht genügend beachtet und so die leicht

zugängliche Information über das Bestehen fremder Firmenrechte sich entgehen lässt. Davon abgesehen ist eine feste Grenze zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit schwer zu ziehen und darüber im Einzelfalle dem Richter die Entscheidung zu überlassen. Im allgemeinen ist anzunehmen, dass eine Erkundigungspflicht überall da besteht, wo besondere Umstände das Vorhandensein einer fremden Firma nahe legen. Bezüglich des Inverkehrbringens von Waren, die von Anderen widerrechtlich bezeichnet wurden, kann für die Ausdehnung der Erkundigungspflicht von Belang sein der grössere oder geringere Umfang des Geschäftes sowie die Persönlichkeit desjenigen, der die Waren in Verkehr bringt, der grössere oder geringere Grad der Zugänglichkeit öffentlicher Blätter. Auch der Hersteller der Ware, der vom Besteller beauftragt wird, die Ware mit einer bestimmten Firma zu versehen, wird prüfen müssen, ob der Besteller zu dieser Firma berechtigt ist, widrigenfalls er sich einer groben Fahrlässigkeit schuldig machen würde. Wird die Handlung des § 14 nur in leicht fahrlässiger Weise begangen, so ist § 14 nicht anwendbar. Ist hier ein Schaden entstanden, so bietet § 823 B.G.B. immer noch genügende Hilfe. Ein weitergehender Schutz ist auch gar nicht erforderlich, da darunter nur die Freiheit und Beweglichkeit des Handels leiden würde.

Nicht anwendbar dürfte die Ansicht von Cosack (Lehrb. des Handelsr., 1900, S. 84/85) sein, die Klage aus § 14 greift Platz, wenn nicht schon nach den übrigen Regeln wegen leichter Fahrlässigkeit die Ersatzpflicht begründet sei. Da nun § 823 B.G.B. alle Grade des Verschuldens und somit auch die leichte Fahrlässigkeit bei Begehung der Handlungen des § 14 umfasse, so sei dieser § 14 in seiner Bedeutung als Firmenschutzgesetz gänzlich überflüssig. Richtig ist der dieser Schlussfolgerung zugrunde liegende Gedanke, dass § 823 B.G.B. die allgemeine Grundlage für die Ersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen bietet. Dem gegenüber ruht die selbständige Bedeutung des § 14 darin, dass er genau umschreibt, in welchen Fällen er eine solche unerlaubte Handlung als vorliegend erachtet, die in § 823 unter

den Begriff des sonstigen Rechtes zu stellen ist. Sodann geht § 14 über § 823 B.G.B. insoferne weit hinaus, als er für den Fall der wissentlichen Begehung der Handlung schwere Strafen in Aussicht stellt, daneben statt der Entschädigung die Geltendmachung eines Bussanspruches zulässt sowie die Bekanntmachung der Verurteilung vorschreibt. All diese strafrechtlichen Folgen würden bei der Verneinung der Daseinsberechtigung des § 14 in Wegfall kommen. Es würde somit die Beschränkung des Schutzes der Firma bei ihrer Verwendung zur Warenbezeichnung auf § 823 B.G.B. nur eine spärliche Entschädigungsklage gewähren und ihm, besonders im Verhältnis zum Schutze des § 37 II H.G.B., jede Bedeutung nehmen. Selbst wenn Cosack den § 14 nur bezüglich der Entschädigungspflicht für überflüssig erachten will, so würde der Kläger auf Grund des § 823 B.G.B. doch nicht die Beseitigung der widerrechtlichen Kennzeichnung bezw. Vernichtung der so bezeichneten Gegenstände verlangen können, wodurch die einfache Entschädigungspflicht doch wesentlich verstärkt und der Firmenschutz erst recht wirksam wird. Dies gilt wenigstens bei grober Fahrlässigkeit, da bei Wissentlichkeit dieser Erfolg auch mit der Strafklage erreicht würde §§ 19, 14 II W.Sch.G. Nun hat freilich Cosack die in § 19 I bezeichneten Folgen, die auch bei Verfolgung im Zivilprozesse eintreten, auch für den Fall der groben Fahrlässigkeit anerkannt. Wie darf er dazu kommen, wenn er den § 14 I W.Sch.G., der die Entschädigungspflicht bei grober Fahrlässigkeit mit den im Zivilprozesse eintretenden Folgen des § 19 I normiert, für überflüssig erklärt? Die Entstehung des § 14 trotz der ausreichenden Wirksamkeit des § 823 B.G.B. erklärt Cosack damit, dass die Verwendung der Firma zur Warenbezeichnung bisher nicht als Firmengebrauch galt und für den schriftlichen Gebrauch dasselbe zu besorgen ist. Dieser Grund für die Entstehung des § 14 ist richtig. Daraus folgt aber noch nicht, dass seine Bestimmung auch überflüssig ist.

§ 25.

Die Widerrechtlichkeit.

Das letzte Erfordernis für die Anwendbarkeit des § 14 W.Sch.G. ist das der Widerrechtlichkeit. Widerrechtlich handelt derjenige, der durch die Vornahme der Handlung gegen eine Rechtsnorm verstösst. Zum Begriffe der Widerrechtlichkeit gehört nicht, dass gleichzeitig ein entgegenstehendes Recht eines Andern verletzt wird. Die Widerrechtlichkeit kann eine zweifache sein: die subjektive Widerrechtlichkeit liegt vor, wenn der Täter bei Vorname der Handlung sich bewusst ist, dass seine Handlung einer Rechtsnorm widerstreitet. Die objektive Widerrechtlichkeit ist gegeben, wenn die Handlung rein tatsächlich zu einer Rechtsnorm im Widerspruche steht, ohne Rücksicht darauf, ob dies dem Täter bei Vornahme der Handlung zu Bewusstsein gekommen ist oder nicht. In Betracht kommt hier nur die objektive Widerrechtlichkeit. Ebenso Allfeld (W.Sch.G., 1894, zu § 14, S. 77). Wenn daher der Täter die fremde Firma wissentlich auf seiner Ware anbringt in der Absicht, die so bezeichnete Ware in Verkehr zu bringen, so ist er aus § 14 haftbar auch wenn er in dem Glauben gehandelt haben sollte, eine solche Handlungsweise sei nicht verboten. Ebenso ist beim Inverkehrbringen widerrechtlich bezeichneter Waren nur erforderlich, dass die Bezeichnung zur Zeit des Inverkehrbringens als eine objektiv widerrechtliche sich darstellt. Hier muss also des Beklagte wissen, dass die Ware, die er in Verkehr bringen will, seinerzeit widerrechtlich bezeichnet wurde. Ob er dagegen das Inverkehrbringen selbst für verboten hielt oder nicht, ist gleichgültig. Denn «entscheidend ist der Umstand, dass durch das Bezeichnetsein einer Ware fremde Rechte beeinträchtigt werden können». Entsch. des R.-Ger. in Strafs., Bd. 20, S. 112. Wenn dieselbe Person die Ware bezeichnet hat und in Verkehr bringt, so genügt es, dass die Bezeichnung der Ware zur Zeit des Inverkehrbringens sich als widerrechtlich darstellt, so dass der gute Glaube bei Vornahme der Bezeichnung selbst ohne Einfluss ist. Entsch.

des R.-Ger. in Strafs., Bd. 5, S. 105. In diesem Falle ist die Verantwortlichkeit natürlich schon dann gegeben, wenn die Widerrechtlichkeit zur Zeit der Bezeichnung vorhanden war.

Da der Schutz des § 14 zugleich einen öffentlichen und privatrechtlichen Charakter hat, so könnte man annehmen, dass durch die Erlaubnis des Berechtigten zum Gebrauche der Firma nur dem Berechtigten gegenüber die Widerrechtlichkeit beseitigt würde d. h. ihm der Anspruch auf Entschädigung entzogen würde, während der öffentlich rechtliche Strafanspruch des Staates aufrecht erhalten bliebe. Allein die Fassung des Gesetzes zeigt deutlich, dass die Widerrechtlichkeit in Abs. I und II des § 14 dieselbe ist, indem Abs. II lediglich bei einem Teile des Tatbestandes des Abs. I, nämlich bei wissentlicher Begehung der Handlung über die Entschädigungspflicht hinausgehend den Firmenschutz noch verstärken will. Dazu kommt, dass die Strafverfolgung nur auf Antrag des Verletzten erfolgen kann und dass auch noch Zurücknahme dieses Antrages zulässig ist. Daraus geht doch hervor, dass auch diese zweite Art des Schutzes auf die Verletzung eines privaten Interesses abgestellt ist, und dass der öffentlich rechtliche Schutz nur eintreten soll, wenn der Firmeninhaber sich in seinem Rechte verletzt fühlt und dafür Sühne heischt. Wenn daher der Firmeninhaber dem Täter den Gebrauch der Firma zur Warenbezeichnung gestattet hat, so fehlt überhaupt ein Verletzter, der den Antrag stellen könnte, entfällt die Widerrechtlichkeit schlechthin und besteht daher weder Entschädigungs- noch Strafanspruch. Ebenso Buschs Archiv, Bd. 32, S. 67 ff., Allfeld (W.Sch.G., 1894, zu § 14, S. 77). Diese Widerrechtlichkeit zessiert jedoch nur insoweit, als sich die Erlaubnis des berechtigten Firmeninhabers erstreckt. Sie tritt also sofort wieder ein, wenn die Verwendung der Firma in einer Weise erfolgt, die über den Umfang, in dem der Berechtigte die Firma gebraucht wissen wollte, hinausgeht. Wenn z. B. der Firmeninhaber gestattet hätte, die Firma zur Bezeichnung bestimmter Arten von Waren zu verwenden, dann wäre das Anbringen der Firma auf anderen Waren widerrechtlich, sollten sie auch vom

nämlichen Firmenberechtigten herrühren. Entsch. des R.-Ger. in Strafs., Bd. 4, S. 171.

Da § 14 W.Sch.G. Handlungen verbieten will, die den Anschein erwecken, als stehe die Ware in einer besonderen Beziehung zur Person des Firmeninhabers, so kann von Widerrechtlichkeit keine Rede sein, wenn der Gebrauch der fremden Firma sich lediglich als eine Charakterisierung der Ware darstellt, «um die Gleichartigkeit der Herstellung und des Materiales mit der Ware eines Andern zum Ausdrucke zu bringen». Entsch. des R.-Ger. in Strafs., Bd. 31, S. 31.

Was die einzelnen Handlungen des § 14 anlangt, so ist hier bezüglich der Widerrechtlichkeit noch eine Unterscheidung zu machen. Bei Waren ist sowohl das Versehen mit fremder Firma als auch das Inverkehrbringen der so bezeichneten Waren verboten. Hier muss die Widerrechtlichkeit also spätestens im Zeitpunkte des Inverkehrbringens vorhanden sein. Verpackung oder Umhüllung dürfen nur dann nicht mit einer fremden Firma versehen werden, wenn sie die Ware in sich aufgenommen haben. In diesem Zustande dürfen sie auch nicht in Verkehr gebracht werden. Hier gilt dasselbe wie bei den Waren. Bei Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen u. s. w. ist eine auf das Inverkehrbringen gerichtete Absicht überhaupt nicht erforderlich, da diese nach Art und Zweck der genannten Gegenstände sich von selbst versteht und im Versehen mit der fremden Firma schon zutage tritt. Deshalb ist auch das Inverkehrbringen derselben überhaupt nicht besonders verboten. Demgemäss muss die Widerrechtlichkeit im Zeitpunkte des Anbringens der Firma vorhanden sein. Entsch. des R.-Ger. in Strafs., Bd. 35, S. 416.

Hat der Firmenberechtigte selbst die Ware mit der Firma versehen und so in Verkehr gesetzt, so ist die Weiterveräusserung durch den Erwerber kein widerrechtliches Inverkehrbringen mehr; denn die Wirksamkeit des in § 14 geschützten Rechtes ist beendigt, sobald einmal die Ware objektiv rechtmässig mit der Firma versehen und in den Verkehr gelangt ist. Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 50,

S. 22. Ist die in einem Warenzeichen enthaltene Firma mit der Firma eines Andern identisch, so ist Widerrechtlichkeit des Firmengebrauches nicht gegeben, wenn der Inhaber des Warenzeichens zur Führung der im Warenzeichen enthaltenen Firma kraft eigenen Rechtes befugt ist. Es genügt daher nicht, dass das die Firma enthaltende Warenzeichen als solches für ihn eingetragen ist. Er muss auch an der im Warenzeichen enthaltenen Firma als solcher ein Anrecht haben.

So ist die Sache, wenn die Firma des Klägers zurzeit der für den Beklagten erfolgten Eintragung des Warenzeichens schon zu Recht bestand. Ist dagegen die Firma des Klägers erst nach Eintragung des Warenzeichens entstanden, so darf man den Beklagten unmöglich in die oben genannte schlechte Rechtslage versetzen; denn sonst hätte es der Kläger in der Hand, jedes Zeichenrecht einfach dadurch illusorisch zu machen, dass er das im Warenzeichen enthaltene Wort für sich als Firma wählt. Hier kann umgekehrt der Zeicheninhaber der Wahl einer solchen Firma durch den Kläger widersprechen, da dies die in § 12 W.Sch.G. gewährleistete Ausschliesslichkeit seines Zeichenrechtes verletzen würde. Dem steht auch § 13 nicht entgegen, der jedem Firmeninhaber den Gebrauch seiner Firma zur Warenbezeichnung gestattet, ohne dadurch das Recht des Zeicheninhabers aus § 12 zu verletzen. Denn § 13 setzt doch voraus, dass die Firma bei Eintragung des Warenzeichens schon zu Recht bestand.

Da § 14 W.Sch.G. sich als ein den Schutz eines Andern bezweckendes Gesetz sich darstellt, so kann von Widerrechtlichkeit keine Rede sein, wenn die vom Beklagten zur Warenbezeichnung gebrauchte Firma nur eine fingierte Firma ist und somit dem Kläger überhaupt nicht zustand, so dass ein Schutzbedürfnis nicht gegeben ist. Ebenso Stenglein (Strafr. Nebenges., 1903, zu § 14 W.Sch.G.).

Die Firma ist ferner bestimmt, für sich allein das Geschäft eines bestimmten Gewerbetreibenden von anderen zu unterscheiden. Dabei ist das Gesamtbild der Firma in seiner äusseren Erscheinung ins Auge zu fassen. Wider-

rechtlichkeit liegt daher vor, wenn die Firma in ihrer Individualität auf der Ware eines Unberechtigten angebracht ist, wobei es gleichgültig ist, ob noch Verzierungen und Zutaten beigefügt sind. Entsch. des R.-Ger., Bd. 6, S. 75, in Zivils.

Ist derjenige, der die Firma zur Warenbezeichnung gebraucht, selbst zur Führung der Firma befugt, so vermag der Umstand allein, dass der Gebrauch den Zwecken des unlauteren Wettbewerbes dient, die fehlende Widerrechtlichkeit nicht zu ersetzen. Ebenso Rhenius (W.Sch.G., 1897, zu § 14, S. 108), Bolze (Praxis des R.-Ger. in Zivils., Bd. 19, Nr. 144). Ist aber die Widerrechtlichkeit einmal festgestellt, so ist es unerheblich, ob eine Schädigung des Publikums oder auch nur eine Schädigungs-, Gewinn- oder Täuschungabsicht vorliegt oder nicht.

§ 26.

Die Zivilklage.

Wenn die im vorstehenden erörterten Voraussetzungen vorliegen, ist dem Verletzten der Anspruch auf Entschädigung gegeben. Der Anspruch ist im Wege des Zivilprozesses zu verfolgen. Zuständig zur Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreites ist bei einem Streitwerte nicht über 300 Mk. das Amtsgericht, bei höherem Streitwerte die Kammer für Handelssachen desjenigen Landgerichtes, bei dem der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat §§ 23 Nr. 1, 101, Ziff. 3b G.V.G., § 12 Z.P.O. Es handelt sich hier um ein Rechtsverhältnis, welches das Recht zum Gebrauche der Handelsfirma betrifft, nicht etwa um ein solches, das sich auf den Schutz der Warenbezeichnungen bezieht, so dass § 101, Ziff. 3c, anwendbar wäre; denn die Firma ist auch hier «als» Firma, nicht als Warenzeichen geschützt. Soweit in erster Instanz die Kammer für Handelssachen zuständig ist, ist in letzter Instanz die Zuständigkeit des Reichsgerichtes begründet, ohne dass durch die Gesetzgebung eines Bundesstaates, in dem mehrere Oberlandesgerichte bestehen, die Zuständig-

keit des obersten Landesgerichtes begründet werden könnte § 21 W.Sch.G. mit § 8 Einf. Ges. z. G.V.G.

Richtiger Kläger ist der Verletzte d. h. derjenige, dem die Firma zur Zeit der Benützung zukam, gleichgültig, ob er eingetragen ist oder nicht. Bei Eintragung des Klägers kann ihm der Beklagte mit der Behauptung entgegentreten, dass er zu der eingetragenen Firma nicht berechtigt sei. Doch muss er dann dafür Beweis erbringen, dass die Eintragung zu Unrecht erfolgt oder nachträglich unrichtig geworden ist, es sei denn, dass er bei Vornahme der Handlung die Eintragung weder kannte noch kennen musste § 15 II H.G.B. Ist dagegen die Firma des Klägers im Handelsregister nicht eingetragen, so kann ihm der Beklagte entgegenhalten, dass er zur Führung der Firma nicht berechtigt sei, bestreitet damit die Sachlegitimation des Klägers und zwingt ihn zum Beweise seines Firmenrechtes.

Der Kläger hat ganz allgemein die klagebegründenden Tatsachen des § 14 zu behaupten und im Streifalle zu beweisen.

Eine Uebertragung des einmal entstandenen Klagerechtes ist möglich z. B. durch Veräusserung des ganzen Geschäftsbetriebes der Firma. Doch muss das Klagerecht ausdrücklich mit übertragen werden. Sonst würde der Entschädigungsanspruch noch beim Veräusserer des Geschäftes verbleiben. Ebenso Allfeld (W.Sch.G., 1894, zu § 14, S. 79). Dem steht § 25 H.G.B. nicht entgegen, wonach bei Fortführung eines unter Lebenden erworbenen Handelsgeschäftes mit Einwilligung des bisherigen Inhabers die im Betriebe begründeten Forderungen den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen gelten. Mag man hieher auch die Forderungen aus unerlaubten Handlungen rechnen, die ein zum Geschäftsbetrieb gehörendes Recht verletzen, so ist doch nicht anzunehmen, dass § 25 H.G.B. auch die Uebertragung höchst persönlicher Ansprüche im Auge hat. Da das Recht an der Firma ein Persönlichkeitsrecht ist, so ist auch der aus der Verletzung dieses Rechtes entspringende Entschädigungsanspruch ein solcher höchst persönlicher Natur. Dies geht schon daraus hervor, dass bei Verurteilung zu einer Strafe

statt der Entschädigung auf eine Busse erkannt werden kann, deren höchst persönlicher Charakter nicht zweifelhaft ist. Vgl. § 414 IV St.P.O. Wenn jedoch der Inhaber einem Andern den Gebrauch der Firma zur Warenbezeichnung gestattet, was er jederzeit tun kann, da darin noch keine Veräusserung der Firma liegt, dann ist der Andere bei Verletzung seines Gebrauchsrechtes selbständig zur Geltendmachung des Entschädigungsanspruches befugt. Der Prokurist ist bei Missbrauch der Firma seines Geschäftsherrn nicht selbständig, sondern nur als dessen Vertreter zur Klageerhebung befugt, da er kein eigenes Firmenrecht besitzt. Ist die Handelsvollmacht keine Prokura, dann muss das Klagerecht in ihr besonders eingeräumt sein.

Dass auch der Monopolist richtiger Kläger sein kann, ist nicht anzunehmen; mag man ihm auch bei Verletzung des Zeichenrechtes seines Geschäftsherrn, der ihm den Vertrieb der Ware ausschliesslich für ein bestimmtes Territorium überlassen hat, ein selbständiges Klagerecht gewähren, so ist dies anders bei Missbrauch der Firma nach § 14, da dem Monopolisten zwar die Ausübung des Zeichenrechtes, nicht aber die des Firmenrechtes übertragen ist. Vgl. Kohler (Das R. des Markensch., S. 332).

Nicht erforderlich ist, dass der Kläger sich seiner Firma selbst zur Warenbezeichnung bedient, da die Firma hier nicht als Warenzeichen, sondern in ihrer Eigenschaft als Firma geschützt wird. Auch der Umstand, dass der Beklagte die Firma unter Beifügung eines anderen Sitzes derselben zur Warenbezeichnung gebraucht, mag auch an diesem Orte eine Firma dieses Namens überhaupt nicht bestehen, ist nicht imstande, den Anspruch des Klägers zu beeinträchtigen.

Richtiger Kläger ist auch der Ausländer d. h. wer im Inlande eine Niederlassung nicht besitzt, sofern in dem Staate, in dem seine Niederlassung sich befindet, nach einer im Reichsgesetzblatte enthaltenen Bekanntmachung deutsche Warenbezeichnungen im gleichen Umfange wie inländische Warenbezeichnungen zum gesetzlichen Schutze zugelassen werden.

Richtiger Beklagter ist derjenige, der die Handlungen des § 14 vorgenommen d. h. die Waren mit der fremden Firma versehen oder die so bezeichneten Waren in Verkehr gebracht hat. Er braucht weder Kaufmann zu sein noch eine Firma zu besitzen noch mit dieser Firma im Handelsregister eingetragen zu sein. Richtiger Beklagter ist auch jeder Einzelne, wenn mehrere gemeinschaftlich die Handlung vorgenommen haben oder im Verhältnis von Anstifter und Angestifteten oder von Täter und Gehülfen stehen § 830 B.G.B. Weiterhin ist der Klage aus § 14 I ausgesetzt, wer den Täter zu einer Verrichtung bestellt hat, in deren Ausübung die Handlungen begangen wurden, sofern er nicht nachweist, dass er bei Auswahl der bestellten Person und Leitung der Verrichtung die im Verkehre erforderliche Sorgfalt beobachtet hat § 831 B.G.B.

Auch wenn die Bezeichnung der Ware mit der Firma im Auslande durch einen Ausländer erfolgt auf grund eines Vertrages mit einem Inländer, so ist der Inländer als Anstifter oder Mittäter zu behandeln; denn die Anwendung des W.Sch.G. beschränkt sich nicht auf das Gebiet des deutschen Reiches. Unrichtig wäre es, die zivilrechtlichen Folgen einer deliktischen Handlung nach dem Gesetze des Ortes ihrer Begehung zu bestimmen. Wenn auch die Firma für ihre rechtliche Behandlung an einen bestimmten Raum als ihren Sitz geknüpft ist, so muss doch der Rechtsschutz der Firma räumlich unbeschränkt sein, da er sich soweit erstrecken mus, als die Ware ein Absatzgebiet hat, und die Firma daher auch im Auslande Schaden leiden kann. Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 18, S. 29. Der Ausländer selbst, der die Handlungen des § 14 im Auslande begeht, kann nicht Beklagter sein, da die deutschen Gesetze auf ihn nicht Anwendung finden. Einen Behelf bietet hier § 17 W.Sch.G., wonach ausländische Waren, die mit einer deutschen Firma widerrechtlich versehen sind, bei ihrem Eingang ins Reichsgebiet zur Einfuhr oder Durchfuhr auf Antrag des Verletzten und gegen Sicherheitsleistung der Beschlagnahme und Einziehung unterliegen. Erstere erfolgt durch die Zoll- und

Steuerbehörden, letztere durch Strafbescheide der Verwaltungsbehörden gemäss § 459 St.P.O.

Der Klagantrag ist zu richten auf Ersatz des Schadens, der dem Verletzten durch das Versehen der Ware mit der Firma bezw. durch das Inverkehrbringen der so bezeichneten Waren entstanden ist. Ueber die Frage, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch er sich beläuft, entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung und kann es zu diesem Zwecke die eidliche Schätzung des Schadens durch den Beweisführer anordnen. Ferner kann es, falls der Entschädigungsanspruch nach Grund und Betrag streitig ist, über den Grund vorab entscheiden §§ 287, 304 Z.P.O.

Der Kläger hat für die klagebegründenden Tatsachen im Bestreitungsfalle Beweis zu erbringen. Er muss nachweisen, dass die fragliche Firma ihm zusteht, dass der Beklagte eine Ware wissentlich oder grob fahrlässig mit der ihm nicht zustehenden Firma versehen hat oder die so bezeichnete Ware in Verkehr gesetzt hat. Dagegen ist der Nachweis eines Vermögensschadens nicht erforderlich. Ein solcher braucht überhaupt nicht entstanden zu sein, da schon die Benützung der fremden Firma an sich als Ausbeutung fremder Individualität die Anwendung des § 14 begründet. Vgl. Kohler (Das R. des Markensch., S. 342). Dem Beklagten bleibt anheimgestellt, zu behaupten und zu beweisen, dass er zum Gebrauche der Firma berechtigt sei.

Der Umfang der Ersatzpflicht bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen über Schadensersatz. Der Beklagte hat sonach an sich den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre § 249 B.G.B. Da diese Naturalrestitution in unserem Falle kaum möglich sein dürfte, wird die Entschädigung in Geld stattzufinden haben gemäss § 251 B.G.B. Sie umfasst insbesondere den entgangenen Gewinn d. h. den Gewinn, den der Kläger ohne das widerrechtliche Eingreifen des Beklagten gemacht hätte § 252 B.G.B. Der Berechnung dieses Gewinnes kann auch der Erlös zu grunde gelegt werden, der dem Beklagten durch den Verkauf der widerrechtlich bezeichneten Waren zugegangen ist. Dagegen

dürfte es zu weit gehen, mit Kohler (Das R. des Markensch., S. 360) den Restitutionsanspruch direkt auf den widerrechtlich erlangten Vorteil zu richten, auch wenn diesem Vorteile kein ebenso grosser Schaden des Verletzten entspricht. Denn ein Bruchteil dieses Vorteiles wird immer durch die persönliche Tüchtigkeit des Täters erwachsen sein. Dass er auch diesen Erfolg seiner eigenen Bemühung dem verletzten Firmeninhaber abtreten müsste, widerspräche dem Begriffe der Restitution. Ebensowenig kann ein Ersatz des immateriellen Schadens im Wege des Zivilprozesses verlangt werden § 253 B.G.B. Unzulässig ist auch ein Antrag auf Verurteilung zur Rechnungslegung über den durch den Verkauf der widerrechtlich bezeichneten Waren erzielten Gewinn; denn die Benützung der fremden Firma beim Vertriebe eigener Waren ist kein fremdes Geschäft, das der Täter als eigenes behandelt und das der Firmeninhaber insoferne sich aneignen kann, als durch die widerrechtliche Benutzung seiner Firma eine besondere Einnahme erzielt ist §§ 687 II, 681, 666 B.G.B., Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 58, S. 321.

Wird der Klage stattgegeben, so ist im Urteile gleichzeitig auf Beseitigung der widerrechtlichen Firmenbezeichnung an den im Besitze des Verurteilten befindlichen Gegenständen, oder, wenn die Beseitigung auf andere Weise nicht möglich ist, auf Vernichtung der mit der Firma bezeichneten Gegenstände zu erkennen § 19 I W.Sch.G. Doch wird auf dieses Recht der Beseitigung bezw. Vernichtung § 226 B.G.B. Anwendung finden, sofern es nur den Zweck haben sollte, durch seine Ausübung dem Beklagten Schaden zuzufügen, ohne der Durchführung des Firmenrechtes irgendwie förderlich zu sein.

Die Vollstreckung des auf eine Entschädigung erkennenden Urteiles erfolgt gemäss § 803 bezw. 866 Z.P.O.; soweit das Urteil die Beseitigung der Firma bezw. die Vernichtung der damit bezeichneten Gegenstände betrifft, gemäss § 887 Z.P.O.

Wird die fremde Firma gleichzeitig als Firma und als Warenzeichen gebraucht, so sind die Ansprüche aus § 37 II H.G.B. und § 14 W.Sch.G. in einer Klage zu verbinden.

Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 256 Z.P.O. kann sich der Kläger auch mit der blossen Feststellungsklage begnügen, von der weiter unten zu handeln sein wird. Aber auch aus § 14 selbst kann der Verletzte unter Beschränkung seines Klageantrages auf blosse Feststellung der Nichtberechtigung und Untersagung des weiteren Gebrauches der Firma klagen, soferne ihm ein Schaden noch nicht entstanden ist. Entsch. des R.O.H., Bd. 24, S. 228.

§ 27.

Die Strafklage.

Neben die im vorhergehenden Paragraphen behandelte Entschädigungsklage tritt in einem besonderen Falle noch das Eingreifen des Strafrichters. Dieser Fall liegt vor, wenn die Handlung des § 14 I W.Sch.G. wissentlich begangen worden ist. Durch die Strafdrohung des § 14 II W.Sch.G. wird der Schutz der Firma gegen Gebrauch zur Warenbezeichnung weit über den gewöhnlichen Firmenschutz nach § 37 II H.G.B. hinausgehoben und überragt auch ganz bedeutend den später zu behandelnden Schutz des § 8 des Wettbewerbsgesetzes. Im Einzelnen ist zu bemerken:

Die strafbare Handlung besteht entweder im Versehen einer Ware u. s. w. mit einer fremden Firma oder im Inverkehrbringen der bezeichneten Ware oder in beiden Handlungen zugleich. Im ersten Falle ist das Delikt vollendet mit dem Versehen der Ware mit der Firma, im zweiten Falle mit dem Inverkehrbringen, im dritten Falle schon mit dem Versehen der Ware mit der Firma, sofern beide Handlungen aus einem einheitlichen Entschlusse herrühren, wenn also der Täter nach Anbringung der Firma an der Ware nicht die Absicht des Inverkehrbringens wieder aufgegeben und erst später infolge eines neuerlichen Entschlusses die Ware auch dem Verkehre übergeben hat. Wären diese zwei verschiedenen Entschlüsse gegeben, dann würde Realkonkurrenz vorliegen, bei Einheitlichkeit des Entschlusses dagegen nicht einmal Idealkonkurrenz, sondern nur ein Vergehen. Blosser Versuch würde vorliegen, wenn die Um-

hüllung der Ware mit der fremden Firma bezeichnet wurde, ohne dass diese Umhüllung weder in einer körperlichen Beziehung zur Ware steht noch nachträglich in eine solche Beziehung zur Ware getreten ist. Wenn die Handlungen des Bezeichnens oder Inverkehrbringens in Verwirklichung eines einheitlichen Entschlusses durch dieselbe Person wiederholt vorgenommen werden, so liegt ein fortgesetztes Delikt vor. Eine Besonderheit ist dann, dass nach Aburteilung wegen des fortgesetzten Deliktes anzunehmen ist, dass jede weitere Tat, die nicht durch dieses Urteil getroffen wurde, auf Grund eines neuen Entschlusses geschah, dass also auch noch Handlungen, die vor der ersten Aburteilung liegen, später besonders abgeurteilt werden. Stenglein (Strafr. Nebenges., 1903, zu § 14 W.Sch.G.

Ist zugleich Täuschungs- und Gewinnabsicht sowie Vermögensbeschädigung der Abnehmer der Ware gegeben, so liegt Idealkonkurrenz mit Betrug vor, soferne beide strafbare Handlungen sich in denselben Tätigkeitsakten entwickelten. Jur. Wochenschr., 1890, S. 234, Landgraf (W.Sch.G., 1894, zu § 14). Ist die zur Warenbezeichnung benützte Firma für den berechtigten Firmeninhaber gleichzeitig als Warenzeichen eingetragen, so liegt doch nur ein Vergehen vor, da die Benützung der als Warenzeichen eingetragenen Firma den Gebrauch der Firma als solcher einschliesst und somit nur Konkurrenz der gesetzlichen Tatbestände vorliegt. Ebenso Stenglein (Strafr. Nebenges. zu § 14 W.Sch.G.).

Ein Anspruch auf Schadenersatz gemäss § 14 I braucht nicht zu bestehen. Es ist somit unerheblich, ob ein Schaden entstanden oder geltend gemacht oder eine Entschädigung zuerkannt worden ist oder nicht. Entsch. des R.-Ger. in Strafs., Bd. 31, S. 31.

Die Verfolgung im Strafverfahren tritt nur auf Antrag des Verletzten ein. Verletzt ist derjenige, dessen Firma missbraucht wurde, gleichgültig, ob seine Firma im Handelsregister eingetragen ist oder nicht. Der in seinem Firmenrechte verletzte Ausländer d. h. der im Inlande eine Niederlassung nicht besitzt, braucht zur Geltendmachung des Anspruches auf Firmenschutz einen inländischen Vertreter nicht

zu bestellen; denn § 23 II W.Sch.G., der dieses Erfordernis aufstellt, gilt nur für den Schutz von Warenzeichen, der gemäss §§ 1—12 W.Sch.G. durch Eintragung bedingt ist, nicht aber für den Schutz der Warenbezeichnungen schlechthin, zu denen auch die Firma gehören kann und die nach § 23 I W.Sch.G. unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit gleichmässig geschützt sind. Der Schutz des § 14 ist auch nicht vom Bestande einer gewerblichen Niederlassung im Auslande abhängig, wie § 23 I W.Sch.G. vermuten lassen könnte. Es genügt vielmehr, dass die in § 23 I erwähnte Bekanntmachung d. i. die Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 22. September 1894 auf das betreffende Ausland sich erstreckt. Entsch. des R.-Ger. in Strafs., Bd. 31, S. 31.

Neben dem Verletzten kann auch der Generalbevollmächtigte den Antrag stellen, soferne sich seine Vollmacht auf die Geltendmachung des Schutzes erstreckt. Der Generalagent dagegen bedarf eines speziellen Auftrages.

Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteiles § 64 St.G.B. Dem Käufer der Ware, der durch die widerrechtliche Bezeichnung der Ware getäuscht und in seinem Vermögen geschädigt wurde, kommt ein Antragsrecht auf grund des § 14 nicht zu, da sich für ihn ein Schutz nicht aus § 14, sondern, soweit überhaupt ein strafrechtliches Einschreiten in Betracht kommt, lediglich aus dem Gesichtspunkte des Betruges ergibt. Der Strafantrag als ein dem Inhaber der Firma zustehendes Recht kann nicht bloss unter dem bürgerlichen Namen des Inhabers, sondern auch unter der Firma gestellt werden, die durch die widerrechtliche Warenbezeichnung verletzt wurde. Entsch. des R.-Ger. in Strafs., Bd. 15, S. 293.

Bei Verurteilung ist entweder auf eine Geldstrafe von 150—5000 Mk. oder auf eine Gefängnisstrafe von einem Tage bis zu sechs Monaten zu erkennen. Daneben ist, ebenso wie bei Zuerkennung einer Entschädigung im Zivilprozesse, auf Beseitigung der widerrechtlichen Bezeichnung an dem im Besitze des Verurteilten befindlichen Gegen-

ständen, und falls dies in anderer Weise nicht möglich ist, auf deren Vernichtung zu erkennen. Ausserdem ist bei Verurteilung im Strafverfahren dem Verletzten die Befugnis zuzusprechen, die Verurteilung auf Kosten des Verurteilten öffentlich bekannt zu machen § 19 W.Sch.G. Steht dem Verletzten auf Grund des § 14 I W.Sch.G. ein Anspruch auf Entschädigung zu, so kann er, anstatt dieselbe in einem besonderen Zivilprozesse zu verfolgen, im Strafverfahren die Zuerkennung einer Busse bis zum Betrage von 10.000 Mk. verlangen, wodurch dann allerdings die Geltendmachung jedes Entschädigungsanspruches ausgeschlossen wird § 18 W.Sch.G. Ein Recht auf Busse steht dem Verletzten nicht zu. Ihre Zuerkennung liegt vielmehr im freien Ermessen des Gerichtes. In Form der Busse ist möglich, dass über den Vermögensschaden hinaus auch der immaterielle Schaden ersetzt und überhaupt dem Verletzten volle Genugtuung gewährt wird, was durch Verfolgung der blossen Entschädigungsklage nach § 14 I nicht erreicht werden kann § 253 B.G.B. Die Busse ist daher als eine Privatstrafe zu betrachten. So auch Cosack (Lehrb. des bürg. R., 1903, Bd. I, S. 611). Anders Oertmann (Das R. der Schuldverh., 1899, S. 552) und Landgraf (W.Sch.G., 1894, S. 105). Letzterer hält die Busse lediglich für Entschädigung, nicht aber für eine Strafe, weil sie bei Uneinbringlichkeit nicht in Freiheitsstrafe umgewandelt werden könne. Dies beweist nur, dass die Busse keine öffentliche Strafe ist, steht daher unserer Auffassung der Busse als Privatstrafe nicht im Wege. Zu bemerken ist noch, dass die Busse nur vom Strafrichter festgesetzt werden kann. Wenn daher irrtümlicherweise vor dem Zivilgerichte eine Busse verlangt wurde, so ist die Klage deswegen nicht abzuweiseu, sondern als Antrag auf Zuerkennung einer Entschädigung anzusehen. Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 6, S. 75.

5. Kapitel.

Der Schutz der Firma gegen unlauteren Wettbewerb.

§ 28.

Der unlautere Wettbewerb.

Das natürliche Bestreben des Menschen, das seine Wurzel im Selbsterhaltungstriebe hat, geht dahin, im Kampfe ums Dasein in erster Linie seinen Vorteil wahrzunehmen und seine Interessen zu verfolgen. Da man es des Menschen nicht für würdig hielt, diesen obersten Grundsatz seines Handelns allzusehr in den Vordergrund zu stellen, suchte man hiefür eine Erklärung oder Entschuldigung und entdeckte diese in der natürlichen Handlungsfreiheit des Menschen. Ohne uns auf eine moralische Bewertung dieses Bestrebens einzulassen, müssen wir es als eine feststehende Tatsache hinnehmen, mit der der Gesetzgeber bei der Regelung der Lebensverhältnisse zu rechnen hat. Ebenso müssen wir, gleichgültig, wie wir uns zur Frage der Willensfreiheit des Menschen verhalten, eine natürliche Handlungsfreiheit desselben anerkennen.

Die allgemeine Anschauung geht nun dahin, dass es grundsätzlich jedermann freisteht, auf welche Weise er sich bei Verfolgung seiner Interessen betätigen will, gleichgültig, ob er dabei die widerstreitenden Interessen seiner Mitmenschen gefährdet oder nicht. Gerade in dem Umstande, dass es jedermann anheimgestellt ist, in fremde Interessen einzugreifen, zeigt sich die vornehmlichste Wirkung des Grundsatzes der natürlichen Handlungsfreiheit. Hier spricht man, wenn schon ungenau, von einem Rechte des Wettbewerbes, ungenau insofern, als hierunter nicht ein subjektives

Recht des Einzelnen verstanden werden darf, sondern lediglich ein besonderer Anwendungsfall der Handlungsfreiheit. Ebenso Finger (R.-Ges. z. Bek. des unl. Wettbew., 1897, S. 6), Leonhard (Der unl. Wettbew. u. seine Bekämpfung, 1903, S. 1 ff.), Gierke (Deutsch. Privat-R., 1895, Bd. I, S. 714), anders Otto Mayer (Concurrence déloyale in d. Zeitschr. f. Handelsr. v. Goldschmidt, Bd. 26, S. 375), Müller (Unl. Wettbew., 1897, S. 8).

Eine besondere Bedeutung gewinnt dieser Grundsatz des freien Wettbewerbes im gewerblichen Leben, da er hier noch durch den Grundsatz der Gewerbefreiheit gestärkt und erweitert wird.

Die freie Betätigung des Wettbewerbes kann nun bei verschärftem Konkurrenzkampfe leicht dazu führen, zur Unterdrückung des Gegners fragwürdige Mittel zu gebrauchen. Es entsteht dann der sogenannte unlautere Wettbewerb. So verbreitet und geläufig jedoch dieser Ausdruck ist, so schwierig ist auch seine Erklärung. Dass hier moralische Betrachtungen nicht zum Ziele führen, liegt auf der Hand, da es sich um den Begriff des Unlauteren im rechtlichen Sinne handelt.

An sich ist es ja Sache des Gesetzgebers, zu bestimmen, wo die Grenze zwischen erlaubtem und unerlaubtem Wettbewerbe zu suchen sei. Nun sind Gesetzgeber bekanntlich keine Freunde von Definitionen, einmal wegen der Schwierigkeit dieser Beschäftigung, sodann aber aus praktischen Erwägungen, da sie weniger Interesse an gelehrten Begriffsbestimmungen als daran haben, was unter den bestehenden Verhältnissen dem Wohle der Gesamtheit am zuträglichsten ist, indem sie dabei die nötigen allgemeinen Begriffe als bekannt voraussetzen.

Das Wesen des vom Gesetzgeber vorausgesetzten Begriffes des unlauteren Wettbewerbes liegt nun im Eingriff in eine fremde Persönlichkeitssphäre, in der Anmassung von Leistungen, die sich als Ergebnis der Betätigung der besonderen persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten eines Andern darstellen. Gerade wie auf einem herrenlosen Gebiete sich jedermann frei bewegen und nach Belieben ein-

zelne Teile okkupieren kann, soweit nicht Andere ihm hierin zuvorgekommen sind, so steht es auch im gewerblichen Leben jedermann frei, sich zu betätigen und einen grösseren oder geringeren Teil desselben zu erobern, soweit nicht bereits Andere Teile desselben zu ihrem persönlichen Wirkungskreise gemacht haben.

Es ist das Interesse des Einzelnen an einem besonderen wirtschaftlichen Tätigkeitsbereich, das durch den unlauteren Wettbewerb verletzt wird. Vorausgesetzt ist, dass dieser wirtschaftliche Tätigkeitsbereich für den Einzelnen tatsächlich begründet ist, dass «vermöge der tatsächlichen Verknüpfung von geschäftlichen Beziehungen, Kundschaft, Ruf und Vertrauen mit einem bestimmten Betriebe und seinen materiellen Unterlagen ein gewerbliches Unternehmen sich zu einem individualisierten Inbegriffe ständiger Lebensverhältnisse verfestigt». Gierke (Deutsch. Priv.-R., Bd. I, S. 713).

Der unlautere Wettbewerb richtet sich somit gegen den individuellen Geschäftsbetrieb eines Andern als das Ergebnis der Betätigung seiner persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten. An dem Eingreifen in diesen Wirkungskreis eines Andern findet die Freiheit des Wettbewerbes ihre Grenze und beginnt der unlautere Wettbewerb. Unrichtig wäre es jedoch, mit Gierke (D. Priv.-R., Bd. I, S. 713) hier ein subjektives Recht auf einen besonderen wirtschaftlichen Tätigkeitsbereich anzunehmen. Ein solches allumfassendes Recht müsste im Gesetze ausdrücklich anerkannt sein.

Hier verdienen noch zwei andere Erklärungen des unlauteren Wettbewerbes eine Erwähnung. Die einen erblicken in ihm eine Ueberschreitung des Rechtes der Mitbewerbung und sehen sich daher genötigt, dieses Recht erst zu konstruieren. Besonders Otto Mayer (Concurr. dél. in Goldschmidts Zeitschr., Bd. 26, S. 363 ff.) hat hierauf eine eigenartige Theorie gegründet: Er versteht unter diesem Rechte der Mitbewerbung das Recht, die eigene Kraft und das eigene Vermögen zum Erwerbe geltend zu machen. Soweit dieses Recht reicht, ist die Schädigung erlaubt. Erst jenseits dieser Grenzen beginnt wieder das allgemeine Recht der Schadensersatzpflicht. Er gelangt auf diesem Wege dazu, im unlau-

teren Wettbewerb ein Privatdelikt ohne Rechtsverletzung zu erblicken. Es ist also nach ihm die Ueberschreitung des Rechtes der Mitbewerbung verboten, ohne dass durch diese Ueberschreitung ein fremdes Recht verletzt wird. Wenn dies möglich wäre, möchten wir doch die Frage stellen, wie jemand, der in seinen Rechten nicht verletzt ist, dazu kommen kann, einen Anspruch auf Schadensersatz geltend zu machen. Einen solchen Anspruch gibt es allgemein nur bei Verletzung eines Rechtes des Geschädigten durch die schädigende Handlung. Diese Ansicht lässt sich auch nicht durch den Einwand halten, dass beim unlauteren Wettbewerbe nur das Interesse eines Andern, nicht aber dessen Recht verletzt wird; denn gerade wegen des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb wäre dieses Interesse ein rechtlich geschütztes Interesse, d. h. ein Recht im subjektiven Sinne. Man kommt somit nicht darüber hinaus, dass eine Ueberschreitung des Rechtes des Wettbewerbes ohne gleichzeitige Verletzung eines fremden Rechtes undenkbar ist, ganz abgesehen davon, dass dieses Recht des Wettbewerbes nirgends seine Anerkennung gefunden hat.

Die andere Ansicht sucht den unlauteren Wettbewerb als Gebrauch an sich erlaubter, aber gegen die guten Sitten verstossender Mittel beim Wettbewerbe zu erklären. Müller (Unl. Wettbew., 1897, S. 9), Fuld (R.-Ges. z. Bek. d. unl. Wettbew., 1896, S. 140). Richtig ist, dass der unlautere Wettbewerb immer zugleich auch gegen die guten Sitten verstösst. Aber damit wird die Grenze zwischen erlaubtem und unerlaubtem Wettbewerb keineswegs aufgedeckt. Denn dadurch, dass der Wettbewerb im Einzelfalle mit Rücksicht auf das gewählte Mittel gegen die guten Sitten verstösst, wird er noch nicht unlauterer Wettbewerb im technischen Sinne. Dann sind eben die zum Zweke des Wettbewerbes geschlossenen Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen nichtig, während die Fälle, in denen es zum Abschlusse von Rechtsgeschäften gar nicht kommt, nicht betroffen werden.

§ 29.

Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes.

Je nach der engeren oder weiteren Auffassung des Begriffes des unlauteren Wettbewerbes hat die Gesetzgebung ihm gegenüber eine verschiedene Stellung eingenommen.

Am weitesten gehen das französische und englische Recht, die jedem Gewerbetreibenden einen allgemeinen Anspruch auf Rechtsschutz gegen unlauteren Wettbewerb gewähren. In Frankreich hat man für das gegen unlauteren Wettbewerb geschützte Rechtsgut eine besondere Bezeichnung: l'achalandage und versteht darunter die Gesamtheit der Beziehungen des Unternehmers eines gewerblichen Betriebes zu seinem Absatzkreise, die als Vermögensobjekt aufgefasst wird, an welchem dem Unternehmer eine Art Eigentum zusteht. Wer in einer mit der communis opinio in Widerspruch stehenden Weise dieses Recht eines Andern verletzt, macht sich einer concurrenco déloyale schuldig. Diese ist eine unerlaubte Handlung und verpflichtet den Täter zum Schadenersatz nach § 1382 Code civil. Auf grund dieser Bestimmung macht jede Handlung eines Menschen, die einem Andern Schaden verursacht, denjenigen, durch dessen Verschulden der Schaden entstanden ist, ersatzpflichtig: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer». Vgl. Bachem-Roeren (Das Ges. z. Bek. des unl. Wettbew., 1900, S. 1—20), Mayer (Concurr. dél., in Goldschmidts Zeitschr., Bd. 26, S. 364 ff.), Gierke (D. Privatr., Bd. I, S. 714). Wie Frankreich, so entbehrte auch England einer besonderen Gesetzgebung gegen unlauteren Wettbewerb. Auch hier wird die unfair competition nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Schadenszufügung bekämpft. Auch hier ist weder erforderlich, dass ein subjektives Recht eines Andern verletzt wird noch dass der entstandene Schaden vermögensrechtlicher Art zu sein braucht.

Betrachtet man dem gegenüber die Entwicklung in Deutschland, so ist hier die gesetzliche Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes nicht zu einem allgemeinen Ver-

bote der Schadenszufügung durchgedrungen. Der Vorschlag Kohlers, allgemein zu bestimmen: «Wer im Verkehre Täuschung gebraucht, um vor seinen Konkurrenten einen Vorsprung zu gewinnen, ist verpflichtet, seinen Konkurrenten allen hieraus entstehenden Schaden zu ersetzen», fand bei der Schaffung des Wettbewerbsgesetzes keine Berücksichtigung. Zeitschr. f. gew. Rechtsschutz, 1893, S. 390. Vor der Schaffung des Wettbewerbsgesetzes bot die gemeinrechtliche actio doli das letzte Mittel gegen hinterlistige Gefährdung der Kundschaft und andere Handlungen des unlauteren Wettbewerbes, da in dergleichen Fällen stets auch eine Vermögensbeschädigung gegeben war. Noch weiter geht das B.G.B., das in den §§ 823, 824, 826 gegen Schadenzufügung, die unter Verletzung eines fremden Rechtes oder durch Kreditgefährdung oder in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise verübt wurde, umfassenden Schutz gewährt. Eine zwingende Notwendigkeit zur Erlassung eines besonderen Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes bestand somit in keiner Weise. Vgl. Müller (Unl. Wettbew., 1897, S. 14), Bachem-Roeren (Das U.W.G., 1900, S. 5). Doch ist zugegeben, dass es ohne Schaffung eines besonderen Gesetzes um den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb schlimm bestellt gewesen wäre. § 823 I B.G.B. ist nicht anwendbar, weil ausserhalb des U.W.G. ein subjektives Recht auf Untersagung unlauterer Konkurrenz nicht anerkannt ist; § 823 II B.G.B. würde versagen, weil es an einem ausdrücklichen Schutzgesetze gegen unlauteren Wettbewerb fehlen würde; § 824 B.G.B. kann seinem ganzen Inhalte nach für den unlauteren Wettbewerb überhaupt nur beschränkt Anwendung finden. Endlich kann § 826 B.G.B. nur in den wenigsten Fällen genügen, da der Vorsatz der Schadenszufügung nicht notwendig zum Begriffe des unlauteren Wettbewerbes gehört. Dazu kam noch das Widerstreben der bisherigen Rechtsprechung, ohne weiteres die bestehenden Vorschriften auf diese neue Erscheinungsform der unerlaubten Handlung anzuwenden, und endlich das mit der Verschärfung des Konkurrenzkampfes immer bedrohlicher werdende Ueberhandnehmen unsauberer Ge-

schäftsgebarung. Diese Gründe führten zur Schaffung des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896.

§ 30.

Der Begriff des unlauteren Wettbewerbes nach dem Reichsgesetze von 1896.

Der oben entwickelte Begriff des unlauteren Wettbewerbes als eines Eingriffes in den individuellen Geschäftsbetrieb eines andern liegt auch dem Gesetze von 1896 zu grunde. Indem es dem Geschäftsinhaber gegen derartige Verletzungen seiner höchst persönlichen Interessen seinen Schutz zur Seite stellte, erhob es dieses Interesse zu einem rechtlich geschützten Interesse d. h. zu einem Rechte im subjektiven Sinne. Seiner Natur nach ist dieses Recht ein Persönlichkeitsrecht, nämlich das Recht auf Achtung und Anerkennung des durch Betätigung der eigenen persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten geschaffenen individuellen Geschäftsbetriebes. Vgl. Engelmann (Das alte und das neue bürgerl. R. Deutschl., 1899, S. 160/161), Gareis (Unl. Wettbew. in den Bl. für Rechtsanwendung, Bd. 61, S. 342). Was dagegen den Umfang des Schutzes dieses Persönlichkeitsrechtes anlangt, so ist das vorliegende Gesetz hierin nicht soweit wie die französische und englische Gesetzgebung gegangen. Der Gesetzgeber liess sich hier lediglich auf eine Unterdrückung der zur Zeit seines Eingreifens am schärfsten hervortretenden Missstände ein, für welche ein gesetzliches Einschreiten am vordringlichsten erschien, und sah die praktische Seite des zu schützenden Persönlichkeitsrechtes darin, «die mannigfachen, im geschäftlichen Verkehre zur Anwendung gelangenden Machenschaften, welche darauf abzielen, durch Täuschung des Publikums Kundschaft anzulocken und den Mitbewerber zurückzudrängen», Bachem-Roeren (U.W.G, 1900, S. 1). Zu diesem Zwecke konzentrierte er die Bestimmungen des Gesetzes auf einzelne fest bestimmte Tatbestände, in denen er besonders nachteilige Missbräuche erblickte.

Einer dieser Tatbestände, der die Anmassung fremder Unterscheidungszeichen im Auge hat, ist im § 8 U.W.G.

geregelt: «Wer im geschäftlichen Verkehre einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift in einer Weise benutzt, welche darauf berechnet und geeignet ist, Verwechslungen mit dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein Anderer befugterweise bedient, ist diesem zum Ersatze des Schadens verpflichtet. Auch kann der Anspruch auf Unterlassung der missbräuchlichen Art der Benutzung geltend gemacht werden». Von den hier erwähnten Unterscheidungszeichen kommt für unsere Darstellung lediglich die Firma in Betracht. Der auf sie bezügliche Inhalt des § 8 U.W.G. soll im folgenden näher erörtert werden.

§ 31.

Die Benutzung der Firma im Geschäftsverkehr.

Die Benutzung kann geschehen durch jede beliebige Person, physische und juristische, durch einen Vollkaufmann, Minderkaufmann oder Nichtkaufmann. Der Vollkaufmann braucht mit seiner Firma nicht eingetragen zu sein. Der Täter braucht überhaupt keinen Geschäftsbetrieb zu haben. Ebenso ist es gleichgültig, ob die Firma, mit welcher der Missbrauch getrieben wird, dem Täter selbst zusteht oder einem Andern, wobei die Eintragung ebenfalls unerheblich ist. Gerade die Verwendung der eigenen Firma zu Zwecken des unlauteren Wettbewerbes will als der weitaus häufigste Fall vom Gesetze getroffen werden. Jur. Wochenschr., 1903, S. 189, Nr. 57, Deutsche Jur. Zeitg., 1903, S. 348. Insoweit bedeutet § 8 insbesondere eine Einschränkung des § 13 W.Sch.G., indem er einen Missbrauch der dort anerkannten Befugnis verhindert. Seligsohn (W.Sch.G., 1905, S. 172), Kent (W.Sch.G., 1897, Ziff. 8). Bei diesem Gebrauche einer berechtigten Firma versagt der Schutz des § 37 II H.G.B., da ein unbefugter Firmengebrauch nicht vorliegt. Insoferne ist daher § 8 U.W.G. von besonderer Bedeutung.

Nicht selten wird es sich um Benutzung einer erst neu zu begründenden Firma handeln, die sich in ihrer Bezeich-

nung an eine schon bestehende renommierte Firma anlehnt, um unter Ausnützung der Verwechslungsgefahr in die Höhe zu kommen. Auch gegen eine solche Handlungsweise ist der Schutz des § 8 zu gewähren. Ueber besondere Fälle des unl. Wettbew. vgl. insbes. Katz (Ueb. Missbrauch d. Firmenr. in der Zeitschr. für gewerbl. Rechtsschutz, 1894, S. 354—356).

Verboten ist jede Art der Benutzung zu Zwecken des unlauteren Wettbewerbes, also sowohl Gebrauch der Firma als solcher oder zur Warenbezeichnung gemäss § 13 W.Sch.G. oder als Warenzeichen als auch jeder schriftliche und mündliche Gebrauch schlechthin. Vgl. Seligsohn (W.Sch.G., 1905, S. 196), Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 48, S. 233, Jur. Wochenschr., 1902, S. 138. Die Klage aus § 8 U.W.G. wird daher insbesondere auch dadurch nicht ausgeschlossen dass der Täter die fremde Firma für sich in das Handelsregister eintragen lässt, so dass sie formell den handelsrechtlichen Bestimmungen entspricht. (Jur. Wochenschr., 1901, S. 256), auch nicht dadurch, dass er für sich die Eintragung der fremden Firma als Bestandteil eines Warenzeichens erwirkt. Pinner (U.W.G., 1903, S. 110). Durch das Verbot des mündlichen Gebrauches geht § 8 U.W.G. über § 14 W.Sch.G. hinaus und dient gemeinschaftlich mit § 37 II H.G.B. zur Ausfüllung einer bedeutenden Lücke, da § 14 W.Sch.G. nur die urkundlichen Formen des Firmengebrauches, soweit sie sich auf die Warenbezeichnung beziehen, treffen will. Des Weiteren versagt der Schutz des § 14, wenn jemand die Firma eines Andern für sich als Warenzeichen eintragen lässt. Auch hier kann § 8 bei Vorliegen der besonderen Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit ein beachtenswertes Hilfsmittel bieten.

Wenn auch der Täter weder Kaufmann noch sonstwie Gewerbetreibender zu sein braucht, und wenn auch die Benutzung der Firma in jeder beliebigen Weise erfolgen kann, so besteht doch das eine Erfordernis, dass diese Benutzung im geschäftlichen Verkehre stattfindet. Pinner (U.W.G. 1903, S. 117). Damit soll ausgedrückt werden, dass sich die Handlung auf das gewerbliche Leben beziehen

muss. Die Art der Benutzung der Firma muss demnach eine solche sein, wie sie gewöhnlich nur im geschäftlichen Verkehre stattfindet, d. h. sie muss in Ausübung irgend einer Erwerbstätigkeit erfolgen. Die Benutzung muss auch nach Inhalt und Form darauf hinweisen, dass sie für den am Geschäftsverkehr beteiligten Personenkreis berechnet ist. Deswegen braucht die Benutzung durchaus nicht öffentlich zu erfolgen. In dem besonderen Falle, dass sie durch öffentliche Bekanntmachungen stattfindet, können auch die Bestimmungen der §§ 1—4 U.W.G. anwendbar werden, soferne darin unrichtige bezw. wissentlich unwahre und zur Irreführung geeignete Angaben über Geschäftsverhältnisse enthalten sind, die geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebotes hervorzurufen. Gleichgültig ist auch, ob die Benutzung an dem Orte, an dem sich das Konkurrenzgeschäft befindet, oder an einem beliebigen anderen Orte vorgenommen wird.

Bezüglich der Einschränkung des Gebrauches auf den geschäftlichen Verkehr ist jedoch zu unterscheiden, ob die gebrauchte Firma dem Täter selbst zusteht oder nicht. Im ersteren Falle hat es bei der Einschränkung der Benutzung auf den geschäftlichen Verkehr sein Bewenden. Im letzteren Falle dagegen ist anzunehmen, dass jede Benutzung einer nicht zustehenden Firma zu Zwecken des unlauteren Wettbewerbes verboten ist; denn hier ergibt sich der Anspruch auf Schadenersatz und Unterlassung des Gebrauches schon aus anderen Bestimmungen. Nur soweit diese Bestimmungen in einigen besonderen Fällen nicht hinreichen, soll § 8 U.W.G. die letzten Lücken verstopfen, die den Gebrauch einer nicht zustehenden Firma noch irgendwie ermöglichen. Wer eine Firma überhaupt nicht gebrauchen darf, der darf sie erst recht nicht zu Zwechen des unlauteren Wettbewerbes benutzen.

§ 32.

Die Verwechselungsgefahr.

Die Benutzung der Firma im Geschäftsverkehr muss darauf berechnet und geeignet sein, Verwechselungen mit

der Firma eines Andern hervorzurufen. Wegen der darin zutage tretenden Arglist verwendete man früher die gemeinrechtliche actio doli. In Hinblick auf diesen schweren Grad des Verschuldens geht § 8 U.W.G. über § 14 W.Sch.G. hinaus, der bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit Anwendung leidet.

Das subjektive Erfordernis des Tatbestandes, die Berechnung, ist zu definieren als die bestimmte Absicht, die Verwechselung mit der Firma eines Andern hervorzurufen. Diese Absicht umfasst also:

1. Den Vorsatz die Firma zu benutzen,

2. das Bewusstsein, dass diese Benutzung geeignet ist, Verwechselungen hervorzurufen,

3. den Vorsatz, gerade durch die Benutzung Verwechselungen zu verursachen.

Dagegen ist eine Schädigungsabsicht nicht Bestandteil des subjektiven Tatbestandes der Handlung. Andererseits sind Fahrlässigkeit und dolus eventualis im Gegensatze zu § 14 W-Sch.G. keine genügenden Grade des Verschuldens.

Das objektive Erforderniss des Tatbestandes besteht darin, dass die Handlung geeignet sein muss, Verwechselungen mit der Firma eines Andern hervorzurufen. Ob diese Gefahr wirklich begründet ist, ist im Einzelfalle besonders zu entscheiden und nach keiner allgemeinen Regel zu bestimmen. Man versteht unter der Verwechselungsgefahr eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass durch die Benutzung der Firma in den beteiligten Verkehrskreisen ein Irrtum erregt wird über die Identität der Firma mit der Firma eines Andern. Diese Wahrscheinlichkeit muss zugleich einen bestimmten Grad von Intensität besitzen. Eine nur sehr entfernte Möglichkeit der Verwechselung kann nicht in Betracht kommen. Andererseits wird die Verwechselungsgefahr nicht dadurch ausgeschlossen, dass die benutzte Firma nur geringfügige, schwer erkennbare Abweichungen von der Firma eines Andern aufweist. Ebenso Grünewald (U.W.G., 1896, zu § 8, S. 23), Finger (U.W.G., 1897, zu § 8, S. 228), Bachem-Roeren (U.W.G., 1900, S. 38), Fuld (U.W.G., 1896, S. 156), Pinner (U.W.G., 1903, S. 118). Sie muss aber auf

jeden Fall vorgelegen und nicht bloss nach der Annahme und Absicht des Täters bestanden haben. Daher kann eine Begehung der Handlung mit untauglichen Mitteln eine Verantwortung des Täters nicht begründen. Ebenso Finger (U.W.G., 1897, zu § 8, S. 225). Dagegen ist nicht erforderlich, dass die Benutzung der Firma in der Tat Verwechselungen hervorgerufen hat.

Die Verwechselungsgefahr ist besonders gross bei gleichlautenden oder gemeingebräuchlichen Firmen, die ein ausschliessliches Gebrauchsrecht nicht gewähren, ferner wenn sich der Täter in seiner Firma in eine besondere Beziehung zu einer anderen Firma setzt, indem er sich als Nachfolger, ehemaliger Angestellter, Lehrling, Teilhaber u. s. w. derselben bezeichnet, sodann wenn der Inhaber einer Zweigniederlassung auf die Stammfirma Bezug nimmt.

Zur Beantwortung der Frage, ob eine Verwechselungsgefahr vorliegt, bietet die Vergleichung der Firmen den wichtigsten Anhaltspunkt. Massgebend ist dabei das Gesamtbild der verletzten Firma, falls sie eingetragen ist, der Wortlaut der Eintragung, andernfalls der Wortlaut der tatsächlich geführten und dem Berechtigten zustehenden Firma. Ebenso Finger, S. 28, und Müller, S. 126 (U.W.G., 1897, zu § 8). Als bestimmend wird der Eindruck zu erachten sein, den die Firma in der missbrauchten Form auf das kaufende Publikum hervorruft. Pinner (U.W.G., 1903, S. 118), Bachem-Roeren (U.W.G., 1900, S. 110). Nicht erforderlich ist, dass die Verwechselungsabsicht schon bei der Wahl der Firma bestanden hat. Es genügt vielmehr schon zur Anwendung des § 8, wenn der gutgläubige Erwerber der Firma nach erlangter Kenntnis von einem Konkurrenzgeschäfte seine Firma absichtlich dazu missbraucht, Verwechselungen mit diesen hervorzurufen. Jur. Wochenschr., 1903, S. 189, Nr. 56.

Von einer Verwechselungsgefahr kann dann keine Rede sein, wenn die Firmen für Geschäfte ganz verschiedener Art geführt werden; denn mögen auch die Firmenbezeichnungen an sich übereinstimmen, so kann eine Verwechselung doch nur dann angenommen werden, wenn über die

Identität der hinter den Firmen stehenden Geschäfte ein Irrtum erregt wird. Es soll ja nicht die Firma an sich als Wortgebilde geschützt werden, sondern der unter der Firma auftretende Inhaber eines bestimmten Geschäftes. Die Geschäfte aber müssen, wenn sie auch nicht denselben Handelszweig betreiben, wenigstens ihrer Art nach eine gewisse Verwandschaft aufweisen.

§ 33.

Die geschützte Firma.

Der Schutz des § 8 kommt der Firma zu, deren sich ein Anderer befugterweise bedient. Ob diese Firma im Handelsregister eingetragen ist oder nicht, macht keinen Unterschied. Ebenso Goldmann (D. H.G.B., 1901, zu § 37 II, S. 178, 2 b), Düringer-Hachenburg (D. deutsche H.G.B., Bd. I, 1899, zu § 37 II), Müller (Unl. Wettbew., 1897, zu § 8, S. 120). Die gegenteilige Ansicht findet sich bei Finger (U.W.G., 1897, zu § 8, S. 192), der den Schutz nur der gültig eingetragenen kaufmännischen Firma angedeihen lassen will. Die Beschränkung lässt sich aus dem Gesetze in keiner Weise ersehen. Gegen die Einschränkung spricht schon der Umstand, dass § 8 neben der Firma auch jede andere besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäftes, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift unter seinen Schutz stellt. Diese besonderen Bezeichnungen sind aber im Verhältnis zur Firma viel weitere Begriffe und setzen keine Eintragung voraus. Es ist doch auch sonst nirgends der Schutz der Firma von einer Eintragung abhängig gemacht. Gerade auf dem Gebiete des unlauteren Wettbewerbes wäre dieses Erfordernis eine grosse Unbilligkeit, da die nicht eingetragenen Firmen der Gefahr des Missbrauches ebenso stark wie die eingetragenen Firmen ausgesetzt sind. Ausserdem ist § 8 lediglich als Ergänzung des § 14 W.Sch.G. und § 37 II H.G.B. gedacht, um den in diesen Bestimmungen, die eine Eintragung der Firma nicht voraussetzen, normierten Schutz zu vervollständigen. Die Erreichung dieses Zweckes würde in weitem Umfange ver-

eitelt werden, wenn man auf dem Erfordernis der Eintragung bestehen wollte.

Geschützt ist auch die Firma, die nicht an demselben Orte oder in derselben Gemeinde wie die benutzte Firma ihren Sitz hat im Gegensatze zu § 30 H.G.B., der den Anspruch auf deutliche Unterscheidung nur in diesem Umfange gewährt. Aber auch wenn sich beide Firmen an demselben Orte oder in derselben Gemeinde befinden, sich nach § 30 H.G.B. deutlich unterscheiden und daher eine Klage aus § 37 II H.G.B. nicht gegeben ist, kann doch der Schutz des § 8 in Betracht kommen, soferne seine sonstigen Voraussetzungen zutreffen. Ebenso Düringer-Hachenburg (Das d. H.G.B., Bd. I, 1899) und Goldmann (Das H.G.B., 1901, S. 178, 2 b) zu § 37 II.

Den Schutz des § 8 U.W.G. geniesst nur die Firma, wie sie eingetragen ist bezw. bei fehlender Eintragung dem Berechtigten zusteht. Vgl. Seufferts Archiv, Bd. 55, Nr. 147. Doch ist anzunehmen, dass auch der in abgekürzter Gestalt gebrauchten Firma der Schutz nicht zu versagen ist, soferne sie auch in dieser abgekürzten Form von anderen Firmen noch hinreichend sicher unterschieden wird, d. h. ihre Individualität noch gewahrt hat. Ebenso Finger (U.W.G., 1897, zu § 8, S. 197).

Weitere Voraussetzung ist, dass ein Anderer sich der Firma befugterweise bedient. Dass auch der Beklagte zu derselben Firma berechtigt ist, macht den Gebrauch des Andern noch nicht unbefugt. Der Gebrauch ist befugt, auch wenn die Firma für den Gebrauchenden nicht eingetragen ist, soferne sie ihm nur tatsächlich als dem Inhaber des Handelsgeschäftes, zu dem sie gehört, zusteht. Unbefugter Gebrauch auf Seiten des Klägers würde vorliegen, wenn er eine Vorschrift des III. Abschnittes des I. Buches des H.G.B. verletzen würde und aus diesem Grunde das Einschreiten des Registerrichters oder eine Klage auf Unterlassung begründet wäre, oder wenn der Beklagte berechtigt wäre, vom Kläger Schadenersatz wegen Verwendung der Firma zur Warenbezeichnung auf grund des § 14 W.Sch.G. zu verlangen, oder wenn der Kläger dem Be-

klagten gegenüber sich vertragsmässig zur Unterlassung des Gebrauches verpflichtet hätte.

Des weiteren muss der Kläger sich seiner Firma auch tatsächlich bedienen, also unter seiner Firma Handelsgeschäfte abschliessen, die Unterschrift abgeben, seine Waren damit bezeichnen, sie auf Rechnungen, Geschäftsbriefen u. s. w. verwenden. Die blosse Tatsache, dass seine Firma eingetragen ist, kann ihm also den Schutz des § 8 U.W.G. nicht gewähren; es wäre auch kein Bedürfnis dazu vorhanden, da das Gesetz sich nur gegen die unbillige Erschwerung des Gebrauches der Firma im Geschäftsverkehre richten will. Eben daraus ergibt sich auch, dass der befugte Gebrauch ebenfalls im Geschäftsverkehre erfolgen muss, gerade so, wie dies von der Benutzung seitens des Beklagten verlangt wird.

§ 34.

Die Klage.

Wenn alle bisher aufgeführten Voraussetzungen vorliegen, sind demjenigen, der sich der Firma befugterweise bedient, die in § 8 U.W.G. bezeichneten Ansprüche gegeben. Die Klage ist zu erheben im allgemeinen Gerichtsstande des Täters. Es gilt also für die örtliche Zuständigkeit nicht etwa § 2 U.W.G., sondern die allgemeine Zuständigkeitsregel der Z.P.O. Pinner (U.W.G., 1903, S. 121). Sachlich zuständig ist bei einem Streitwerte bis zu 300 Mk. das Amtsgericht, bei höherem Streitwerte die Kammer für Handelssachen und in letzter Instanz das Reichsgericht § 15 U.W.G. mit § 8 Einf. Ges. z. G.V.G., ohne dass die Zuständigkeit des obersten Landesgerichtes begründet werden könnte. Klageberechtigt ist derjenige, der sich zur Zeit der Benutzung der Firma durch den Beklagten der Firma befugterweise bedient. Hat er nach der Klagerhebung die Firma mit dem Geschäfte veräussert, so ist der Erwerber zur Fortführung des Rechtsstreites befugt. War die Klage vor der Veräusserung noch nicht erhoben, so kann der Erwerber wegen einer vor der Veräusserung erfolgten Benutzung der Firma die Klage nicht selbständig erheben.

Anderer Ansicht ist Finger (U.W.G., 1897, zu § 8, S. 234). Für die hier vertretene Ansicht spricht einesteils die Fassung des Gesetzes, anderntéils der Umstand, dass nicht der Erwerber, sondern der Veräusserer der Verletzte ist, so dass ein Bedürfnis dafür, ersterem die Klage zuzusprechen, nicht vorhanden ist. Anders wäre die Sache, wenn der Veräusserer sein Klagerecht mit übertragen hätte. Wenn der Firma nach der Veräusserung weiterhin unlautere Konkurrenz bereitet wird, so steht der Klagerhebung durch den Erwerber natürlich nichts im Wege.

Das Klagerecht würde entfallen, wenn der Inhaber der Firma dem Täter die nach § 8 verbotene Art der Firmenbenutzung ausdrücklich gestattet hätte.

Der Ausländer d. h. der Gewerbetreibende, der keine Hauptniederlassung im Inlande besitzt, hat das Klagerecht nur, wenn der Auslandsstaat, in dem sich seine Hauptniederlassung befindet, deutschen Gewerbetreibenden gegenüber Gegenseitigkeit übt § 16 U.W.G. Die Klage richtet sich gegen denjenigen, der die Firma in der angegebenen Weise benutzt. Dies kann auch ein Angestellter sein, sofern er nicht als blosses Werkzeug des Prinzipals gehandelt hat. Dieser haftet selbständig neben dem Angestellten für den Schaden, den dieser in Ausführung der ihm übertragenen Verrichtung verursacht hat, sofern er sich nicht durch den Nachweis befreit, dass er bei Auswahl des Angestellten die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe § 831 B.G.B.

Der Klagantrag lautet auf Ersatz des durch die missbräuchliche Benutzung verursachten Schadens. Zu ersetzen ist nur der Vermögensschaden und nur der wirklich eingetretene Schaden, wozu auch der entgangene Gewinn gehört § 252, 253 B.G.B. Ebenso Pinner (U.W.G., 1903, S. 121). Neben dem Ersatze des Schadens kann auch Unterlassung der missbräuchlichen Art der Benutzung verlangt werden. Dagegen kann sich der Klagantrag nicht auf eine bestimmte Art der Benutzung richten. Pinner a. a. O., S. 113. Der Anspruch auf Unterlassung ist völlig unabhängig davon, ob ein Schaden wirklich entstanden ist oder

ersetzt verlangt wird. Ebenso Finger (U.W.G., 1897, zu § 8, S. 234).

Die Klage auf Unterlassung ist Leistungs- nicht Feststellungsklage und daher auch der Zwangsvollstreckung fähig gemäss § 890 Z.P.O. Wird die Klage wegen missbräuchlicher Benutzung einer dem Täter zustehenden Firma erhoben, so kann nur die Unterlassung dieser missbräuchlichen Art der Benutzung, nicht aber Unterlassung der Führung der Firma überhaupt verlangt werden. Dagegen kann bei Benutzung einer dem Täter nicht zustehenden Firma Unterlassung der Benutzung an sich verlangt werden, da hier die Führung der Firma an sich schon ein Missbrauch ist. Jur. Wochenschr., 1898, S. 82/83. Da die Unterlassungsklage sich auf die Zukunft richtet, kann Beseitigung oder Abänderung der Firma an Gegenständen, soweit eine Bezeichnung stattgefunden hat, nicht verlangt werden im Gegensatze zu § 19 W.Sch.G., obwohl dies bei Gebrauch einer nicht zustehenden Firma gerechtfertigt wäre. Ein Strafanspruch ist ebenfalls nicht gegeben, soferne nicht gleichzeitig der Tatbestand des Betruges in der Handlung des Täters enthalten ist. Soweit es der Sachlage angemessen ist, kann auch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung auf Unterlassung des Firmengebrauches beantragt werden, wobei es gleichgültig ist, ob die Klage bereits erhoben ist oder nicht. Falls auf Unterlassung geklagt ist, kann der obsiegenden Partei im Urteile die Befugnis zugesprochen werden, den verfügenden Teil des Urteils innerhalb bestimmter Frist auf Kosten der unterliegenden Partei und in einer durch das Urteil zu bestimmenden Art öffentlich bekannt zu machen § 13 IV u. V U.W.G. Endlich bestehen für die Klage kurze Verjährungsfristen § 11 U.W.G.

6. Kapitel.

Das Einschreiten des Registergerichtes.

§ 35.

Allgemeine Vorbemerkung und rechtsgeschichtlicher Ueberblick.

An einer scharfen Durchführung des Firmenschutzes hat nicht nur der Gewerbetreibende mit Rücksicht auf das Hintanhalten einer unbilligen Erschwerung der Konkurrenz ein lebhaftes Interesse, sondern auch die Gesamtheit und insbesondere der Staat, der darauf bedacht sein muss, von seinen Untertanen jede durch missbräuchliche Benutzung der Firma drohende Schädigung fernzuhalten und die Gewerbetreibenden behufs gleichmässiger und gerechter Beiziehung zu den öffentlichen Aufgaben durch ihre Firma genau unterscheidbar individualisiert zu wissen. Wo das Interesse des Einzelnen gefährdet erscheint, ist diesem Gelegenheit gegeben, sich im Wege des Zivilprozesses dagegen zu schützen. Wo die Verletzung der Vorschriften über das Firmenrecht auch öffentliche Interessen berührt, hat der Gesetzgeber, je nachdem es ihm zweckmässig schien, entweder durch Androhung von Strafen gegen Zuwiderhandlungen oder durch Einschreiten von Amtswegen sich gegen das Ueberschreiten der von ihm aufgestellten Schranken zu wahren gesucht. Letztere Massnahme soll im folgenden einer eingehenden Untersuchung unterzogen werden. Die gesetzliche Grundlage bildet § 37 I H.G.B.: «Wer eine nach den Vorschriften dieses Abschnittes ihm nicht zustehende Firma gebraucht, ist von dem Registergerichte zur Unterlassung des Gebrauches der Firma durch Ordnungsstrafen anzuhalten. Die Höhe der Strafen bestimmt sich nach § 14, Satz 2».

Zum besseren Verständnis dieser Bestimmung dürfte ein kurzer Rückblick auf den Gang der den administrativen Firmenschutz betreffenden Gesetzgebung angebracht sein. Was zunächst den österreichischen ministeriellen Entwurf anlangt, so stellte § 18 den Registrierungszwang auf, indem er allgemein den Gebrauch einer nichtprotokollierten Firma verbot. Protok. der Kommission zur Berat. eines allg. d. H.G.B., Beil., Bd. I, 1858. Ferner war darin bestimmt, dass die protokollierte Firma «in vollkommener Uebereinstimmung mit der protokollierten Unterzeichnungsart ohne die geringste Abweichung geführt werde». § 20 ermächtigte das Handelsgericht, die Uebertretung dieser Vorschriften «durch angemessene Geldstrafen von 10—300 fl. zu ahnden und die gesetzliche Ordnung durch die erforderlichen Zwangsmittel, nach Umstäden selbst durch Einstellung des Geschäftsbetriebes mittels der Administrativbehörden herzustellen. Die Vorsteher des Handelsstandes sind verpflichtet, die wahrgenommenen Uebertretungen dieser Art dem Handelsgerichte anzuzeigen». Eine solche Vorschrift war dem preussischen Entwurfe unbekannt. Hier war der Schutz gegen den Gebrauch einer nicht zustehenden Firma nach zwei Richtungen hin mangelhaft: einmal richtete sich gemäss Art. 28 die Bestrafung nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Führung eines falschen Namens; sodann war das Einschreiten des Gerichtes vom Antrage des Geschädigten abhängig gemacht. Ueber diese Mängel des Art. 28 des preussischen Entwurfes konnte man sich bei seiner Beratung nicht hinwegsetzen und brachte eine Bestimmung mit folgender Fassung in Vorschlag: «Die Nichtbefolgung der vorstehenden Vorschriften wird vom Handelsgerichte von Amtswegen mit einer angemessenen Ordnungsstrafe geahndet und durch weitere angemessene Strafandrohung und Strafe zur Befolgung derselben veranlasst». Dieser Vorschlag fand in Art. 25 des Entwurfes II. Lesung mit einigen redaktionellen Aenderungen Aufnahme und ging in dieser Fassung in Art. 26 des Allg. d. H.G.B. über. An die Stelle der darin erwähnten Handelsgerichte treten in ihrer Ermangelung gemäss Art. 3 Allg. d. H.G.B. die ge-

wöhnlichen Gerichte. Der materielle Zweck des Gesetzes: die Hintanhaltung des Gebrauches nicht zustehender Firmen, tritt nach aussen in einem mehr formellen Gewande zu tage: in der Evidenthaltung des Handelsregisters. Sie ist der eigentliche Zweck, auf den auch das ganze Verfahren zugeschnitten ist. Dies zeigt sich insbesondere in dem hiefür massgebenden R.-Ges. vom 30. III. 1888 betreffend die Löschung nicht mehr bestehender Firmen und Prokuren im Handelsregister. Mit der Einführung des neuen H.G.B. vom 10. V. 1897, dessen § 37 I die Bestimmung des Art. 26 II Allg. d. H.G.B. aufnahm, und mit dem gleichzeitigen Inkrafttreten des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. V. 1898, das in seinem 7. Abschnitte eine eingehende Regelung des Verfahrens widergibt, ist das Gesetz vom 30. III. 1888 ausser Kraft getreten.

§ 36.

Der Gebrauch einer nicht zustehenden Firma.

Verboten ist der Gebrauch einer nach den Vorschriften des III. Abschnittes des I. Buches des H.G.B. nicht zustehenden Firma. Der Grund, warum die Firma dem Täter nicht zusteht, muss sich demnach aus einer Vorschrift des dritten Abschnittes ergeben. Das Nichtzustehen ist nicht gleichbedeutend mit der Ungültigkeit der Firma. Vielmehr kann auch eine nicht zustehende Firma nach aussen vollwirksam und gültig sein, so dass die unter der unrechtmässig geführten Firma abgeschlossenen Handelsgeschäfte und abgegebenen Unterschriften an rechtsverbindlicher Kraft nichts einbüssen.

Wenn die Firma dem Täter nicht zusteht, so ist denkbar, dass sie ihm überhaupt nicht, also einem Andern oder Niemandem zusteht oder dass sie ihm nur in der von ihm gebrauchten Form nicht zusteht, und zwar immer auf grund einer Vorschrift des III. Abschnittes. Eine Firma steht vor Allem demjenigen nicht zu, der überhaupt keine Firma führen darf, d. h. dem Nichtkaufmanne, denn § 17 H.G.B. redet nur von der Firma des Kaufmannes. Ferner darf

eine Firma im Sinne des H.G.B. nicht führen der Minderkaufmann, auf den nach § 4 H.G.B. die Vorschriften über die Firmen d. h. die Vorschriften des III. Abschnittes keine Anwendung finden, so dass sich auch hier das Nichtzustehen auf die Vorschriften des III. Abschnittes gründet. Will ein Nichtkaufmann oder Minderkaufmann Geschäfte betreiben, so muss er dies unter seinem bürgerlichen Namen tun. Man kann dann diesen bürgerlichen Namen als die Firma des Betreffenden bezeichnen, so dass beim Gebrauche einer davon abweichenden Firma das Einschreiten des Registergerichtes gerechtfertigt wäre. Die Tatsache, dass dem Nichtkaufmanne oder Minderkaufmanne die Firma nicht zusteht, wird auch dadurch nicht abgeschwächt, dass er mit der Firma im Handelsregister eingetragen ist; denn wenn auch nach § 5 H.G.B. demjenigen, der sich auf die Eintragung der Firma beruft, der Einwand nicht entgegengehalten werden kann, der Inhaber der Firma sei ein Nichtkaufmann oder Minderkaufmann, so ist diese Vorschrift nur gegeben zur Sicherung des Verkehrs mit eingetragenen Firmen, ohne jedoch den Registerrichter zu hindern, jederzeit auf Beseitigung des ungesetzlichen Zustandes hinzuarbeiten.

Die Verfehlung des Minderkaufmannes insbesondere kann darin bestehen, dass er einen anderen als seinen bürgerlichen Namen als Firma führt oder dass er seinem bürgerlichen Namen einen auf eine Firma deutenden Zusatz beifügt. Wenn dagegen der Minderkaufmann unter seinem bürgerlichen Namen Handel treiben will, so kann ein Einschreiten von Amtswegen nicht aus dem Grunde gegen ihn stattfinden, weil er seinem bürgerlichen Namen keinen Zusatz beifügt, durch den er sich von einem eingetragenen Kaufmanne mit gleichem Familien- und Vornamen deutlich unterscheidet; denn die Vorschrift des § 30 II H.G.B. ist eine für Kaufleute gegebene firmenrechtliche Vorschrift, welche auf den Minderkaufmann gemäss § 4 H.G.B. keine Anwendung findet.

Der Hauptfall des § 37 I H.G.B. ist das Einschreiten gegen den Vollkaufmann, der sich einer ihm nicht zuste-

henden Firma bedient. Seine Firma ist zunächst der Familienname mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen § 18 I H.G.B. Ist dagegen schon ein Kaufmann mit gleichem Vor- und Zunamen als Firma im nämlichen Orte oder in derselben Gemeinde eingetragen, so verhindert er dadurch jeden anderen Kaufmann am Gebrauche derselben Namen als Firma. Hier würde also dem anderen Kaufmanne der Gebrauch des eigenen Namens als Firma nicht zustehen § 30 H.G.B. Ebenso ist es, wenn eine Firma aus einem anderen Grunde von einer am nämlichen Orte oder in derselben Gemeinde bestehenden eingetragenen Firma sich nicht deutlich genug unterscheidet.

Gebrauch einer nicht zustehenden Firma würde ferner vorliegen, wenn jemand für ein unter Lebenden oder von Todes wegen erworbenes Handelsgeschäft die bisherige Firma ohne ausdrückliche Einwilligung des bisherigen Geschäftsinhabers oder seiner Erben fortführen wollte. Entsprechend verhält es sich bei Uebernahme eines Handelsgeschäftes auf grund eines Niessbrauches, Pachtvertrages oder eines ähnlichen Verhältnisses § 22 H.G.B. Ebenso darf beim Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist, die Firma ohne ausdrückliche Einwilligung des ausscheidenden Gesellschafter oder seiner Erben nicht fortgeführt werden § 24 H.G.B.

Ferner ist das Einschreiten des Registerrichters begründet bei Erwerb der Firma ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird § 23 H.G.B.

Des Weiteren liegt eine Verletzung der Vorschriften des III. Abschnittes vor, wenn der Einzelkaufmann d. h. der Kaufmann, der sein Geschäft allein oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, seiner Firma einen Zusatz beifügt, der ein Gesellschaftsverhältnis andeutet oder sonstwie über die Art oder den Umfang des Geschäftes oder über die Verhältnisse des Geschäftsinhabers zu täuschen geeignet ist, sofern diese Zusätze nicht zur Unterscheidung der Person oder des Geschäftes dienen § 18 H.G.B. Durch das Verbot der Gesellschaftsfirma insbesondere soll ein Irrtum über die Haftungsverhältnisse, durch das Verbot der

täuschenden Zusätze überhaupt jeder Irrtum über die Kreditwürdigkeit und Leistungsfähigkeit der Firma hintangehalten werden. Dass eine solche Täuschung wirklich herbeigeführt wurde, ist nicht Voraussetzung für das Eingreifen von Amtswegen. Ebenso sind für die Firma der Handelsgesellschaften in den §§ 19 und 20 H.G.B. besondere Bestimmungen getroffen, die teils einen bestimmten Inhalt der Firma anordnen, teils gewisse Bestandteile als unzulässig verbieten. Nicht erforderlich ist, dass gerade eine der hier bezeichneten Gesellschaftsfirmen gebraucht wird. Auch wenn fälschlicherweise Firmen von Gesellschaften, die nicht im H.G.B. selbst, sondern in Spezialgesetzen geregelt sind, Verwendung finden, ist § 37 I H.G.B. anwendbar, da jede Gesellschaftsfirma, die den Bestimmungen der §§ 19 und 20 H.G.B. nicht entspricht, verboten sein soll, auch wenn die verbotenerweise geführte Firma selbst nicht im III. Abschnitte des I. Buches des H.G.B. geregelt ist.

Das Einschreiten des Registerrichters auf grund des § 37 I H.G.B. greift auch Platz bei der eingetragenen Genossenschaft, bei der Gesellschaft m. b. H. und bei den privaten Versicherungsunternehmungen. Ueber Form und Inhalt der Firma der eingetr. Gen. enthält § 3 Gen.-Ges. nähere Bestimmungen. Da die Genossenschaften auch als Kaufleute im Sinne des H.G.B. gelten § 17 II Gen.-Ges., so gelten für ihre Firmen auch die Vorschriften des III. Abschnittes. Dass die Genossenschaft nicht im Handelsregister, sondern im Genossenschaftsregister eingetragen wird § 10 Gen.-Ges., ist unerheblich, da sich § 37 I H.G.B. nicht auf Einträge im Handelsregister beschränkt, sondern ganz allgemein die Tätigkeit des Registerrichters normiert. Die Firma der Ges. m. b. H. ist ins Handelsregister einzutragen gemäss § 7 des Ges. über die G. m. b. H. Die Gesellschaft selbst gilt als Handelsgesellschaft nach § 13 III des genannten Gesetzes. Es gelten daher auch für ihre Firma die Vorschriften des H.G.B. Für die privaten Versicherungsunternehmungen, bei denen die Form der Aktiengesellschaft überhaupt keine Besonderheit aufweist, bestimmt § 18 II des Ges. über die priv. Versich.-Untern. den Inhalt der

Firma des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit, §§ 30 und 32 die Eintragung samt Firma im Handelsregister, § 16 die entsprechende Anwendung der Vorschriften über Kaufleute im I. und III. Buche des H.G.B., so dass auch hier § 37 I H.G.B. Platz greift. Dass die Versicherungsunternehmungen ausserdem der Ueberwachung durch die Aufsichtsbehörde gemäss § 64 ff und die eingetragenen Genossenschaften der Revision durch einen der Genossenschaft nicht angehörigen sachverständigen Revisor unterliegen gemäss § 53 ff, kann der Aufsichtsbefugnis des Registergerichtes, die sich ja nach § 37 I H.G.B. nur auf die Firma bezieht, keinen Eintrag tun.

Vom Gebrauche einer nicht zustehenden Firma kann dann nicht die Rede sein, wenn der Firmeninhaber lediglich versäumt hat, seine Firma sowie deren Aenderung oder Erlöschen oder den Ort seiner Handelsniederlassung sowie deren Verlegung an einen andern Ort zum Handelsregister anzumelden gemäss §§ 29 und 31 H.G.B. Hier wird das Recht zum Gebrauche der Firma überhaupt nicht in Frage gestellt und greift daher nicht § 37 I, sondern § 14 H.G.B. Platz, wonach der lässige Firmeninhaber zur Anmeldung der erforderlichen Eintragungen durch Ordnungstrafen anzuhalten ist.

Der Gebrauch der Firma ist hier in demselben Sinne auszulegen, wie in § 37 II H.G.B., wovon schon oben ausführlich geredet wurde. Es kann daher, soferne der unbefugte Firmengebrauch zugleich eine Rechtsverletzung verursacht hat, gleichzeitig die Unterlassungsklage nach § 37 II H.G.B. zulässig sein. Aber weder die Zulässigkeit dieser Klage noch der Umstand, dass sie bereits erhoben ist, steht der Anwendung des § 37 I H.G.B. entgegen, da diese Bestimmung in keinem Abhängigkeitsverhältnisse zu der des zweiten Absatzes steht, zumal sie im Interesse der öffentlichen Ordnung, nicht aber in erster Linie wie die Untersagungsklage im Interesse des verletzten Firmeninhabers gegeben ist.

Da der Gebrauch derselbe ist wie bei der Untersagungsklage, so ist das Eingreifen des Registerrichters nicht statt-

haft bei Gebrauch einer fremden Firma zur Warenbezeichnung, soferne die Firma nicht gleichzeitig in anderer Weise benutzt wird und deshalb § 37 I H.G.B. Anwendung findet. Ferner fällt nicht unter diese Bestimmung der Gebrauch der eigenen Firma zu Zwecken des unlauteren Wettbewerbes, da hier die Firma dem Gebrauchenden selbst zusteht.

Der Gebrauch der fremden Firma muss endlich im Handelsbetriebe stattfinden d. h. in irgend einer Weise auf den Geschäftsbetrieb unmittelbar Bezug nehmen, ohne sich jedoch auf den Abschluss von Handelsgeschäften und die Abgabe der Unterschrift zu beschränken. Entsch. des R.-Ger. in Zivils. in der Jur. Wochenschr., 1901, S. 309/310. Die Firma muss demnach «als» Firma gebraucht werden. Ebenso Frankenburger (D. d. H.G.B., 1898, zu § 37 I, S. 34). Falls die unbefugt gebrauchte Firma gleichzeitig einem Andern zusteht, ist nicht erforderlich, dass dieser eingetragen ist. Auch für denjenigen, der auf Bestrafung anträgt, ist eine Eintragung nicht erforderlich. Er muss sich jedoch hüten, selbst wegen Unterlassung der Anmeldung seiner Firma in Strafe genommen zu werden gemäss § 14 H.G.B. Anschütz-Völderndorff (Komm. z. allg. d. H.G.B., 1868, zu Art. 26, S. 207). Ebensowenig braucht derjenige, gegen den das Einschreiten sich richtet, mit der unbefugt gebrauchten oder mit einer anderen Firma im Handelsregister eingetragen oder zur Eintragung angemeldet zu sein. Das Gesetz macht hier keinen Unterschied, zumal gerade der rein tatsächliche Gebrauch der Firma die häufigste Art des Missbrauches darstellt. Doch kann sich aus der Eintragung der unbefugt gebrauchten Firma ein besonderer Fall der Anwendung des § 37 I H.G.B. ergeben. Da nämlich die eingetragene Firma nur genau so gebraucht werden darf, wie der Eintrag lautet, so kann ein unvollständiger oder vom Eintrage abweichender Gebrauch das Einschreiten des Registergerichtes begründen. Ebenso Puchelt (Komm. z. allg. H.G.B., 1874, zu Art. 26, S. 56), Goldmann (Das H.G.B., 1901, S. 173), Hahn (Komm. z. allg. H.G.B., I. Bd., 1894, zu § 37 I, S. 192). Da auch Nichtkaufleute und Minderkaufleute die Vorschriften über die Firmen verletzen können,

so kann auch ihnen gegenüber das Verfahren des § 37 I H.G.B. Platz greifen, soferne sie die Firma wirklich zur Bezeichnung ihrer Person als Inhaber eines individuell bestimmten Geschäftes gebrauchen.

Ausser bei Verletzungen des III. Abschnittes des I. Buches des H.G.B. ist das Einschreiten des Registerrichters auch gerechtfertigt bei allen Umgehungen der Vorschriften dieses Abschnittes, da diese der Verletzung selbst gleichzustellen sind. Ein solcher Fall liegt z. B. vor, wenn ein Einzelkaufmann sich mit einer Person, die zufällig einen in der Geschäftswelt bekannten Namen trägt, zu einer offenen Handelsgesellschaft vereinigt, ohne einen gemeinsamen Geschäftsbetrieb begründen zu wollen, sondern lediglich, um den Namen des Gesellschafters in die Firma aufnehmen zu können.

Da die Vorschrift des § 37 I H.G.B. lediglich im Interesse der öffentlichen Ordnung gegeben ist, so ist es unerheblich, ob der Verletzte zum Gebrauche seiner Firma seine Einwilligung erteilt hat. Diese würde nur der Untersagungsklage nach § 37 II H.G.B. entgegenstehen. Ebenso Goldmann (Komm. z. H.G.B., 1901, zu § 37 I, S. 174). Ohne Belang ist auch, ob beim Täter irgend ein Grad des Verschuldens oder das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit oder sogar guter Glaube bei Benutzung der Firma vorhanden war.

§ 37.

Art und Weise des Einschreitens.

Wenn die im vorstehenden Paragraphen dargestellten Voraussetzungen vorliegen, ist das Einschreiten des Registergerichtes begründet. Es ist aufzufassen als eine Art Disziplinargewalt, als ein polizeiliches Element im Handelsbetriebe. Soweit die Befugnisse des Registergerichtes auf Grund des § 37 I H.G.B. reichen, ist ein Einschreiten der allgemeinen Verwaltungsorgane unstatthaft. Deutsche Jur. Ztg., 1902, S. 395.

Zuständig als Registergericht ist das Amtsgericht, bei dem das Handelsregister geführt wird, in dessen Bezirk sich

somit der Ort der Handelsniederlassung befindet § 29 H.G.B. § 125 F.G.G. Das Ziel des Einschreitens ist die Unterlassung des Gebrauches der Firma: bei Gebrauch einer fremden Firma die Unterlassung des Gebrauches überhaupt, bei Führung der eigenen Firma in unrichtiger Form die Unterlassung des unrichtigen Gebrauches. Dagegen kann das Amtsgericht nicht eine bestimmte Art des Gebrauches vorschreiben, insbesondere nicht unter Herausgreifung einzelner bestimmter Worte aus der Firma den Gebrauch dieser Worte verbieten. Zeitschr. f. Aktienwesen, Bd. 10, S. 208. Ebensowenig kann es die Löschung der Firma verlangen, sofern nicht der Fall des § 142 F.G.G. vorliegt.

Für das zu beobachtende Verfahren war früher massgebend das R.-Ges. betr. die Löschung nicht mehr bestehender Firmen und Prokuren im Handelsregister vom 30. III. 1888. Jetzt ist die ganze Materie eingehend geregelt im 7. Abschnitte des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 27. V. 1898, in Kraft getreten am 1. I. 1900.

Den Anstoss zum Einschreiten gibt die Erlangung glaubhafter Kenntnis vom Firmengebrauche. Diese Kenntnis kann dem Registerrichter zukommen entweder auf Grund seiner eigenen amtlichen Tätigkeit oder durch Anzeige dritter Personen. Insbesondere wird der durch die unbefugte Firmenführung Verletzte, sofern er dadurch noch keinen nennenswerten Schaden erlitten hat, von der Erhebung der Unterlassungsklage nach § 37 II H.G.B. absehen und durch Veranlassung des amtlichen Eingreifens unter Umgehung der Gefahren eines Zivilprozesses die Beseitigung der Störung zu erlangen suchen. Daraufhin erlässt das Registergericht an denjenigen, der die ihm nicht zustehende Firma gebraucht, unter Androhung einer Ordnungsstrafe den Befehl, sich des Gebrauches der Firma zu enthalten oder in bestimmter Frist mittels Einspruches sein Recht zum Gebrauche der Firma darzutun. Eine Beschwerde gegen diese Verfügung gibt es nicht §§ 140, 132 F.G.G.

Wird innerhalb der bestimmten Frist Einspruch gegen die Verfügung erhoben und findet ihn das Gericht ohne

weiteres begründet, so wird die Verfügung aufgehoben. Zeigt sich der Einspruch nicht ohne weiteres für gerechtfertigt, so ist der Beteiligte zu einem Termine zu laden, um sich über den Einspruch näher zu äussern. Doch kann das Gericht auch bei Ausbleiben des Beteiligten nach Lage der Sache entscheiden. Erweist sich der Einspruch als unbegründet, so wird er verworfen §§ 140, 135 F.G.G. Gegen den die Verwerfung des Einspruches aussprechenden Beschluss findet die sofortige Beschwerde statt binnen einer mit dem Zeitpunkte der Bekanntmachung der Verfügung an den Beschwerdeführer beginnenden Frist von zwei Wochen §§ 140, 139, 22 F.G.G. Ist die Beschwerdefrist abgelaufen und damit die Verwerfung des Einflusses rechtskräftig geworden, so wird, falls der Beteiligte nach der Bekanntmachung der Verfügung dieser zuwidergehandelt hat, die Ordnungsstrafe festgesetzt. Die Festsetzung kann unterbleiben oder doch auf eine geringere Strafe lauten, wenn die Umstände dies rechtfertigen, insbesondere wenn der Beteiligte beim Gebrauche der Firma im guten Glauben gehandelt hat. Findet aber die Festsetzung der Strafe statt, so ist zugleich die Verurteilung in die Kosten des Verfahrens auszusprechen §§ 140, 135, 138 F.G.G.

Wenn innerhalb der bestimmten Frist gegen die Verfügung Einspruch nicht erhoben und der unbefugte Gebrauch der Firma fortgesetzt wird, so wird die angedrohte Strafe festgesetzt und zugleich dem Beteiligten aufgegeben, sich des unbefugten Gebrauches der Firma zu enthalten §§ 140, 133 F.G.G. Gegen den die Strafe festsetzenden Beschluss gibt es die sofortige Beschwerde. Doch kann sie nicht darauf gestützt werden, dass die Verfügung, durch welche die Strafe festgesetzt wurde, nicht gerechtfertigt gewesen sei. Solche materielle Einwendungen sind im Wege des Einspruches geltend zu machen. Auch nach Versäumung der Beschwerdefrist dauert die Wirkung der Verfügung fort, soferne nicht in bestimmter Frist Einspruch dagegen erhoben wird. In diesem Falle ist, wenn der Einspruch begründet ist, die Verfügung aufzuheben. Daneben ist Aufhebung oder Herabsetzung der festgesetzten Strafe möglich. Ist der Ein-

spruch unbegründet, so wird er verworfen und nach Ablauf der Beschwerdefrist der ihn verwerfende Beschluss rechtskräftig. Gegen die Versäumung der Einspruchsfrist gibt es die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand §§ 137, 22 II F.G.G.

Neben diesem auf Unterlassung des Gebrauches der Firma abzielenden Verfahren besteht noch die Befugnis des Registergerichtes zur Löschung von Einträgen im Handelsregister, die wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig waren. Hier hat das Gericht den Beteiligten von der beabsichtigten Löschung zu benachrichtigen unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Geltendmachung eines Widerspruches. Ueber den Widerspruch entscheidet das Gericht. Die den Widerspruch zurückweisende Verfügung ist mit sofortiger Beschwerde anfechtbar. Ist die Beschwerdefrist abgelaufen oder Widerspruch überhaupt nicht erhoben, so erfolgt die Löschung des unzulässigen Eintrages §§ 142, 141 III u. IV F.G.G. Die Löschung kann auch durch das dem Registergerichte im Instanzenzuge vorgeordnete Landgericht erfolgen.

7. Kapitel.

Der Schutz des Firmenrechtes nach dem bürgerlichen Gesetzbuche.

Allgemeines.

Der bisher behandelte Schutz des Firmenrechtes, soweit er zivilrechtlicher Art ist, hat mehrfache Lücken aufzuweisen. Einmal ist in § 37 II H.G.B. die fremde Firma nur geschützt, soweit sie von einem Unberechtigten «als» Firma gebraucht wird. Sodann greift der Schutz des § 37 II H.G.B. nur Platz bei wirklichem Gebrauche der Firma eines Andern, nicht schon bei blosser Bestreitung derselben. Ferner setzt die Bestimmung des H.G.B. eine durch den Gebrauch der Firma verursachte Rechtsverletzung auf Seiten des Berechtigten voraus, versagt also bei blosser Interessenverletzung. Endlich enthält sich § 37 II H.G.B. einer ausdrücklichen Festsetzung eines Entschädigungsanspruches und begnügt sich mit einer Verweisung auf andere Vorschriften, nach denen sich dieser Anspruch begründen lässt. Im folgenden ist nun zu untersuchen, inwieweit die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches zur Ausfüllung dieser Lücken geeignet sind.

I. Abschnitt.

Der Schutz der Firma auf Grund des Rechtes am Namen.

§ 38.

Name und Namenrecht.

«Der Name ist ein Erkennungszeichen, welches die Individualitäten auseinanderhalten und einer jeden Individualität

ihre eigene Zone zumessen soll». Mit diesen Worten Kohlers (Das R. des Markenschutzes, 1884, S. 6) dürfte der Begriff des Namens am besten erklärt sein. Der Name ist darnach ebenso wie die Firma eine Personenbezeichnung, ohne sich jedoch wie diese in seinem Zwecke lediglich auf die Unterscheidung seines Trägers von anderen Personen in seinen kaufmännischen Interessen zu beschränken. Ebenso wie die Firma auf die Zugehörigkeit ihres Trägers zu einem bestimmten Personenkreise, nämlich zu den Kaufleuten, hinweist, ist auch der Name bestimmt, als eine verschiedenen Personen gemeinsame Bezeichnung zugleich ihren Zusammenhang mit einander zum Ausdruck zu bringen, indem er die Zugehörigkeit dieser Personen zu einer bestimmten Familie bekundet. Hölder (Komm. z. B.G.B., allg. Teil, 1900, S. 100). Er bildet so gewissermassen einen unentbehrlichen Bestandteil jeder natürlichen Person, mit deren Vorstellung als Einzelwesen er sich notwendigerweise verbindet. Vgl. Rehbein (Das B.G.B., Bd. I, allg. Teil, 1899, S. 24).

Was das Verhältnis der Person zu ihrem Namen anlangt, so hat das geltende Recht ein subjektives Recht der Person an ihrem Namen anerkannt. Aus dem Begriffe und Zwecke des Namens ergibt sich, dass dieses Recht ein Persönlichkeitsrecht ist. Ein näheres Eingehen auf die verschiedenen hierüber bestehenden Theorien dürfte sich hier erübrigen, da die Ausführungen über das Persönlichkeitsrecht im 1. Kapitel der Darstellung auch hier sinngemäss zu gelten haben. Der Vollständigkeit halber sei hingewiesen auf Ramdohr (Das R. zum Gebrauch eines Namens nach den Vorschriften des B.G.B. in Gruchots Beitr., Bd. 43, S. 1 ff.), Opet (Das Namensrecht des B.G.B., im Archiv f. zivil. Praxis, Bd. 87, S. 313 ff.), Staudinger (Komm. z. B.G.B., 1904, Bd. I, zu § 12, S. 77), Cosack (Lehrb. d. deutsch. bürg. R., 1903, Bd. I, S. 78), Staudinger (Namensrecht in d. Blättern f. Rechtsanwend., Bd. 62, S. 186), Gareis (Der allg. Teil des B.G.B., 1900, S. 21), Engelmann (Das alte u. das neue bürg. R. Deutschl., 1899, S. 154), Dernburg (Das bürg. R. des deutsch. R. u. Preussens, allg. Lehren, Bd. I, 1902, S. 137), Gierke (Deutsch. Priv.-R., 1895, Bd. I, S. 720).

Was die gesetzliche Regelung des Namensrechtes anlangt, so fehlte es auch vor der Schaffung des B.G.B. nicht an Bestimmungen, die seinem Schutze zu dienen geeignet waren. Es war dies einmal die Feststellungsklage der Z.P.O. § 231 (jetzt § 256) und dann die Klage auf Schadenersatz aus unerlaubter Handlung, ferner auch Art. 27, Allg. d. H.G.B. Allein bei der Beratung des B.G.B. konnte man sich nicht verhehlen, dass diese Bestimmungen durchaus unzureichend waren. Denn mit der blossen Feststellungsklage war überhaupt in den meisten Fällen nicht viel geholfen; die Schadenersatzklage setzte einen bestimmten Grad des Verschuldens voraus und Art. 27, Allg. d. H.G.B., konnte nur bei Gebrauch des Namens als Firma in Betracht kommen. Die Erkenntnis dieses unzureichenden Schutzes war denn auch bestimmend für die Schaffung einer besonderen Norm zum Schutze des Namens in § 22 des zweiten Entwurfes, welche Bestimmung später in § 12 B.G.B. überging. Damit wurde das bisher nur in vereinzelten Bestimmungen anerkannte Persönlichkeitsrecht in weit grösserem Masse anerkannt und sein Schutz an eine rein objektive Rechtsverletzung geknüpft. Vgl. Prot. der Kommission für die 2. Lesung des Entw. des B.G.B., Bd. I, 1897, S. 44/45, Denkschr. z. Entw. eines B.G.B., 1896, S, 3, 4, Reatz (Die 2. Lesung des Entw. des B.G.B., Bd. I, 1894, S. 13/14), Gareis (Der allg. Teil des B.G.B., 1900, S. 21).

§ 39.

Der Schutz des Namens in der Firma.

Massgebend ist § 12 B.G.B.: «Wird das Recht zum Gebrauche eines Namens dem Berechtigten von einem Andern bestritten oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, dass ein Anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht, so kann der Berechtigte von dem Andern Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen».

Die Bestimmung trifft zwei verschiedene Tatbestände: einmal die Bestreitung des Rechtes zum Gebrauche eines Namens und sodann die Interessenverletzung infolge unbefugten Gebrauches des gleichen Namens durch einen Andern. In beiden Fällen soll der eigene Name des Berechtigten geschützt werden.

Wenn man die Firma als den kaufmännischen Namen bezeichnet, so soll sie damit dem bürgerlichen Namen nicht gleichgestellt, sondern gerade als etwas ganz Verschiedenes gegenübergestellt werden. § 12 B.G.B. kann daher für den Schutz des Firmenrechtes nur insofern Bedeutung gewinnen, als Name und Firma identisch sind. Dies ist zunächst der Fall beim Einzelkaufmanne, der seinen Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen als Firma zu führen hat, § 18 I H.G.B.; ferner bei Erwerb des Handelsgeschäftes eines Einzelkaufmannes gemäss § 22 H.G.B., falls Erwerber und Veräusserer die gleichen Namen tragen; hier besteht die Firma nur scheinbar im Namen des Erwerbers. In Wirklichkeit wird der Name des Veräusserers als Firma fortgeführt; aber da beide Namen identisch sind, sind auch Firma und Name identisch.

Der Schutz des § 12 B.G.B. wird auch dem Minderkaufmanne zuteil, der sein Geschäft unter seinem bürgerlichen Namen betreibt. Der bürgerliche Name bildet hier, wenn auch nicht juristisch, so doch tatsächlich die Firma.

Im Einzelnen ist zu bemerken: Geschützt ist

1. die den Namen enthaltende Firma. Hier richtet sich der Schutz:

a) Gegen den Gebrauch dieses Namens durch einen Andern «als» Firma oder zur Warenbezeichnung oder als Warenzeichen oder zu anderen Zwecken. Ueber Gebrauch des Namens vgl. Adler (in Grünhuts Zeitschr., Bd. 31, S. 67 ff.), Götte (Einiges üb. d. Namensrecht des B.G.B. im Archiv f. bürg. R., Bd. 15, S. 322), Jur. Wochenschr., 1901, S. 766, Opet (Das Namensr. des B.G.B. im Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 87, S. 322). Beim Gebrauche des fremden Namens als Firma ist § 12 B.G.B., sofern zugleich eine Rechtsverletzung des Berechtigten vorliegt, nicht etwa neben

§ 37 II H.G.B. anwendbar; denn durch § 12 B.G.B. sollte die Bestimmung des Art. 27 Allg. d. H.G.B. für den Umfang des Namensrechtes nicht aufgehoben, sondern lediglich im Sinne der Gewährung eines allgemeinen Schutzes des Namensrechtes ergänzt und erweitert werden. Bei Gebrauch des fremden Namens zur Warenbezeichnung kommt § 12 B.G.B. nur in Betracht, soweit nicht das Spezialgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen einschlägt, also insbesondere dann, wenn der Name zur Sache in einen sachlichen Zusammenhang gebracht wird, ohne zur Benennung der Sache verwendet zu werden. Staudinger (Namensr. in d. Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 62, S. 200), Kohler (Das R. des Markensch., 1884, S. 154). Die Eintragung einer fremden Firma als Warenzeichen ist an sich nicht verboten. Enthält aber diese Firma den Namen des berechtigten Firmeninhabers, so kann dieser auf Grund des § 12 B.G.B. sein Namensrecht verfolgen. Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 54, S. 42. § 12 B.G.B. hat sonach selbständige Bedeutung bei Gebrauch des Namens als Warenzeichen und bei Gebrauch zu anderen Zwecken.

b) Gegen Bestreitung des Rechtes zum Gebrauche des Namens. Diese kann mündlich oder schriftlich, in der Oeffentlichkeit oder auf privatem Wege, ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen geschehen. Hier versagen die bisher behandelten Bestimmungen, so dass § 12 B.G.B. das einzige Hilfsmittel ist. Insbesondere ist dies der Fall bei Bestreitung des Rechtes zum Gebrauche einer Firma, wo § 37 II H.G.B. nicht ausreicht.

2. Geschützt ist der Name, auch wenn er nicht in einer Firma enthalten ist und somit vom Berechtigten nicht als Firma, sondern als bürgerlicher Name gebraucht wird. Auch der Name der juristischen Personen geniesst den Schutz des § 12, da sich im Gesetze keine Anhaltspunkte dafür finden, das Gegenteil anzunehmen. Gerade wie die Firmen der Handelsgesellschaften den Firmen der Einzelkaufleute gleichgestellt sind, besteht auch zwischen den Namen der natürlichen und juristischen Personen kein Unterschied. Dass die wichtigste Art von Personen des bürgerlichen Rechtes,

der eingetragene Verein, tatsächlich einen Namen hat, geht aus § 57 B.G.B. deutlich hervor. Anders Opet (Das Namensr. des B.G.B. im Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 87, S. 373). Hier richtet sich der Schutz:

a) Gegen Gebrauch dieses Namens durch einen Andern als Firma mit der Massgabe, dass bei Vorliegen einer Rechtsverletzung keine Konkurrenz mit § 37 II H.G.B. besteht. Vgl. oben 1 a).

b) Gegen den Gebrauch des Namens des Minderkaufmannes durch einen Andern zur Warenbezeichnung in einer Weise, die den Anschein erweckt, als stehe die bezeichnete Ware in einer besonderen Beziehung zum Geschäfte des Minderkaufmannes.

Der Gebrauch des Namens des Nichtkaufmannes zur Warenbezeichnung sowie sonstiger Gebrauch des Namens und Bestreitung des Namens kommen in den Fällen unter 2 nicht in Betracht, da hier keine Berührungspunkte mit dem Firmenrechte vorliegen.

Der Gebrauch des fremden Namens muss unbefugt sein und zugleich das Interesse des Berechtigten verletzen. Die Arten des Gebrauches, die hier in Betracht kommen, sind unter 1 a) und 2 dargelegt. Der Gebrauch ist unbefugt, wenn dem Gebrauchenden der Name nicht zusteht, wenn er also einen andern bürgerlichen Namen trägt. Die Unbefugtheit fehlt allgemein bei häufig vorkommenden Namen, bei denen kein Dritter an eine bestimmte Person zu denken pflegt, Archiv. f. bürg. R., Bd. 15, S. 329/330, ferner wenn der Gebrauchende den gleichen Namen trägt oder wenn ihm der Berechtigte den Gebrauch des Namens gestattet hat. Wenn der Beklagte durch die Einwilligung zur Führung des Namens eines Andern auch nicht das Recht erwirkt, einen ihm nicht zukommenden Namen zu führen, so kann doch der Träger des Namens in diesem Falle gegen die Führung seines Namens durch den Andern nicht Widerspruch erheben R.-Ger. Entsch., Bd. 5. S. 176. Ebenso enthält das Klagerecht aus § 12 B.G.B. bei Erlaubnis zur Führung eines Namens durch die Staatsgewalt. Vgl. v. Fleischmann in d. deutsch. Jur. Zeitung, 1900, S. 269.

Da das Namenrecht ein Persönlichkeitsrecht ist, so ist seine Uebertragung nicht allgemein statthaft, insbesondere nicht als Firmenrecht ohne das mit dem Namen als Firma bezeichnete Geschäft § 23 H.G.B. Ebenso Kohler (Das R. des Markensch., 1884, S. 16). Dagegen ist die Uebertragung des Namensrechtes zum Zwecke der Warenbezeichnung anerkannt. Entsch. des R.-Ger. in Strafs., Bd. 29, S. 353, Staudinger (Komm. z. B.G.B., 1904, Bd. I, zu § 12, S. 85), Seligsohn (W.Sch.G., 1905, S. 182). Der Gebrauch ist daher nicht unbefugt, wenn der Gebrauchende das Geschäft vom berechtigten Namensträger erworben hat und mit dessen Einwilligung die den bürgerlichen Namen enthaltende Firma fortführt gemäss § 22 H.G.B. Hier würde umgekehrt der Veräusserer aus § 37 II H.G.B. verantwortlich werden, wenn er nach der Veräusserung des Geschäftes samt der seinen bürgerlichen Namen enthaltenden Firma unter seinem bürgerlichen Namen als Firma ein neues Geschäft begründen würde. Ebenso Staudinger (Komm. z. B.G.B., 1904, Bd. I, zu § 12, S. 85). Auch wenn der Name nicht als Firma gebraucht wird, ist eine Veräusserung des Namens mit einem Unternehmen zulässig und zwar derart, dass der Träger des Namens auch einer Weiterveräusserung durch den ersten Erwerber des Unternehmens nicht widersprechen kann. Blätter f. Rechtsanw., Bd. 66, S. 268, Gruchots Beiträge, Bd. 45, S. 74, Seufferts Archiv, Bd. 42, Nr. 92. Falls der Beklagte den gleichen Namen trägt und deshalb die Unbefugtheit fehlt, so kann doch noch § 8 U.W.G. Anwendung finden, falls der eigene Name im Geschäftsverkehr in einer Weise benutzt wird, die darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen mit dem Namen eines Andern hervorzurufen.

Ausser der rein objektiven Unbefugtheit ist ein besonderes Verschulden nicht erforderlich. Würde gleichzeitig Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegen, so könnte der berechtigte Namensträger neben der Klage aus § 12 B.G.B. noch die Schadenersatzklage aus § 823 B.G.B. anstellen, Hölder (Komm. z. B.G.B., allg. Teil, 1900, S. 105), Rehbein (Das B.G.B., allg. Teil, Bd. I, 1899, S. 25), Kuhlenbeck (Das

B.G.B., 1903, Bd. I, zu § 12), Cosack (Lehrb. des deutsch. bürg. R., 1903, Bd. I, S. 78).

Ausser der Unbefugtheit ist auch eine Interessenverletzung des Berechtigten verlangt. Die blosse Tatsache, dass der Gebrauch widerrechtlich ist, genügt daher noch nicht, sofern nicht der Kläger selbst zum Namen berechtigt ist; dann ist immer zugleich sein Interesse verletzt. Widerrechtlichkeit ohne gleichzeitige Verletzung eines fremden Namensrechtes liegt vor, wenn jemand einen unrichtigen Namen gebraucht, der auch keinem Anderen zusteht, und dadurch dem öffentlichen Rechte zuwiderhandelt. Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 42, S. 150. Dagegen ist nicht erforderlich, dass gerade ein berechtigtes Interesse oder ein subjektives Recht verletzt ist, wenn schon hier immer auch zugleich eine Interessenverletzung vorliegt. Es reicht vielmehr schon die Verletzung eines Affektionsinteresses hin. Ebenso Staudinger (Namensr. in d. Bl. f. Rechtsanw., Bd. 62, S. 200), Kuhlenbeck (Das B.G.B., 1903, Bd. I, zu § 12). Eine Interessenverletzung kann auch in der blossen Absicht liegen, mit dem Namen Reklame zu machen oder das Publikum zu täuschen. Einen solchen Gebrauch seines Namens braucht sich Niemand gefallen zu lassen. Wenn ein gleichnamiger Dritter die Benutzung seines Namens dem Gebrauchenden gestattet hat, so kann dieser Gebrauch doch dem Kläger gegenüber unbefugt sein und sein Interesse verletzen. Häufig wird hier zugleich der Tatbestand des unlauteren Wettbewerbes gegeben sein, der eine Interessenverletzung nicht voraussetzt und daher noch manchen Fall ergreifen kann, dem gegenüber der Schutz des § 12 B.G.B. versagt.

Die Bestreitung des Rechtes zum Gebrauche eines Namens kommt hier nur in Betracht, wenn der Name in einer Firma enthalten ist. «Bestreiten ist ein Andern gegenüber betätigtes Verhalten des Beklagten, wodurch dem Kläger das Recht auf den Gebrauch seines Namens abgesprochen wird und abgesprochen werden will». Staudinger (Komm. z. B.G.B., 1904, Bd. I, zu § 12, S. 87). Das Bestreiten braucht weder öffentlich noch öfter zu geschehen, muss aber zugleich zu einer Beeinträchtigung führen; denn

das Bestreiten an sich ist nicht notwendig an sich schon eine Beeinträchtigung. Beeinträchtigung ist nicht bloss jede Rechts- und Interessenverletzung, sondern schon die Erregung von Zweifeln und Unsicherheit bezüglich des Rechtes des Klägers.

Sind die bisher erörterten Voraussetzungen im Einzelfalle gegeben, so steht dem berechtigten Namensträger die Klage auf Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Besorgnis weiterer Störung auf Unterlassung zu. Bei Streitwert über 300 Mk. ist zuständig die Kammer für Handelssachen § 101 Ziff. 3 b und c G.V.G. Der Kläger muss sein Recht zum Gebrauche des Namens nachweisen. Dieses Recht kann sowohl auf einer Vorschrift des B.G.B. als auch auf einer Vorschrift des öffentlichen Rechtes beruhen. Prot. der Kommission f. d. 2. Lesung des Entw. eines B.G.B., Bd. I, 1897, S. 44/45. Bei der Klage wegen Bestreitung ist auch die Entstehung der Beeinträchtigung beweisbedürftig. Hölder (Komm. z. B.G.B., Allg. Teil, 1900, S. 102). Dagegen ist bei der Klage wegen unbefugten Gebrauches dessen Unbefugtheit nicht zu beweisen. Hier muss vielmehr der Beklagte beweisen, dass er zum Gebrauche befugt ist.

Beseitigung der Beeinträchtigung ist die Wiederherstellung des vor der Bestreitung bezw. vor dem unbefugten Gebrauche bestehenden Zustandes. Worin im Einzelfalle die Beseitigung zu bestehen hat, ist im Klagantrage anzugeben. Massgebend hiefür wird die unter den klagebegründenden Tatsachen näher zu bezeichnende Beeinträchtigung sein. In dem besonderen Falle, dass der in der Firma des Klägers enthaltene Name für den Beklagten als Warenzeichen eingetragen wurde, kann Löschung in der Zeichenrolle verlangt werden; denn die § 8 und 9 W.Sch.G. wollen nicht eine erschöpfende Aufzählung der Löschungsgründe geben. Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 54, S. 42. Die Beseitigung der Beeinträchtigung umfasst nicht den Schadenersatz. Falls ein Schaden wirklich entstanden ist, muss er aus anderen Bestimmungen, insbesondere aus §§ 823, 826 B.G.B. begründet werden.

Die Klage auf Beseitigung der Beeinträchtigung ist Leistungsklage, nicht blosse Feststellungsklage. Dies schliesst nicht aus, dass der Kläger nach Lage des Falles seinen Antrag auf Feststellung beschränken kann, da die Leistungsklage immer zugleich eine Feststellungsklage enthält. Diese Feststellungsklage ist dann nicht an die Voraussetzungen der Z.P.O. § 256 gebunden, da sie nicht auf dieser Bestimmung, sondern auf § 12 B.G.B. beruht. Ebenso Staudinger (Komm. z. B.G.B., 1904, Bd. I, zu § 12, S. 88).

Auch die Klage auf Unterlassung der weiteren Bestreitung bezw. des weiteren unbefugten Gebrauches ist Leistungsklage. Ebenso Opet (das Namensrecht des B.G.B. im Archiv f. zivil. Praxis, Bd. 87, S. 378). Das auf Unterlassung erkennende Urteil wird gemäss § 890 Z.P.O., das auf Beseitigung der Beeinträchtigung lautende Erkenntnis je nach Lage des Falles gemäss § 887 oder 888 Z.P.O. vollstreckt.

II. Abschnitt.

§ 40.

Der Schutz des Firmenrechtes gegen unerlaubte Handlungen.

Die hier einschlägigen Bestimmungen des B.G.B. sind die §§ 823 und 826. Die Grenzen ihrer Wirksamkeit sind so viel umstritten, dass ein näheres Eingehen auf ihre Entstehung im allgemeinen auch an dieser Stelle nicht übergangen werden kann.

Während das römische Recht nur einzelne bestimmte Delikte anerkannte und nur bei ihrem vorliegen Anspruch auf Schadensersatz, insbesondere nach der lex Aquilia, gewährte, steht das geltende Recht unter dem Grundsatze, dass jeder die fremde Rechtssphäre zu achten hat und dass die Verletzung dieser Verpflichtung den Anspruch auf Schadensersatz begründet. Unter Rechtssphäre des Einzelnen ist der Inbegriff seiner Interessen zu verstehen, soweit ihm

deren ungestörte Betätigung bezw. Verwirklichung von der Rechtsordnung gewährleistet ist. Zu diesen Interessen gehören im eigentlichen und engeren Sinne die rechtlich geschützten Interessen d. h. die subjektiven Rechte des Einzelnen. Neben den Interessen des Einzelnen stehen diejenigen bestimmter Personenkreise, soweit sie von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannt sind. Diese Anerkennung gewährt weder dem Personenkreise, da er als solcher keine rechtsfähige Person darstellt, noch dem einzelnen Angehörigen dieses Personenkreises ein subjektives Recht. Gleichwohl ist es in der Ordnung, dass bei Verletzung dieser Interessen dem Angehörigen des betreffenden Personenkreises ein Anspruch auf Schadenersatz bei Verletzung der Interessen des Personenkreises zuerkannt wird. Sodann gibt es noch Interessen des Einzelnen, die zwar von der Rechtsordnung nicht als subjektive Rechte anerkannt sind, die aber wenigstens gegen Störungen, die unter Verletzung der allgemein anerkannten Grundsätze von Treu und Glauben oder der guten Sitten verübt werden, eines gesetzlichen Schutzes würdig erscheinen.

Diese dreifache Gliederung des allgemeinen Schutzes gegen unerlaubte Handlungen ist auch im B.G.B. vom Anbeginn seiner Entstehung an vorhanden.

Im ersten Entwurfe normierte § 704 Abs. I einen Anspruch auf Schadenersatz bei schuldhafter, widerrechtlicher, voraussehbarer Schädigung eines Andern. Hier lag Widerrechtlichkeit vor, wenn und soweit die Handlung gegen irgend ein absolutes Verbotgesetz, nicht aber gegen ein subjektives Recht des Verletzten verstiess. Der Täter handelte hier kraft seiner natürlichen Handlungsfreiheit.

§ 704 Abs. II gewährte einen Schadenersatzanspruch bei schuldhafter widerrechtlicher Verletzung eines fremden Rechtes, soweit dadurch für den Inhaber des Rechtes ein Schaden entstand, auch wenn dessen Entstehung nicht vorauszusehen war. Die Haftung ist hier deswegen erschwert, weil gleichzeitig Verletzung eines absoluten Rechtes eines Andern vorliegt. Den subjektiven Rechten wurden gewisse persönliche Güter: Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und

Ehre gleichgestellt. Der Gesetzgeber wollte hier, ohne auf die Frage, ob und inwieweit nach dem geltenden Rechte ein subjektives Recht an diesen Gütern anerkannt ist, einzugehen, bei ihrer Verletzung eine Schadenersatzpflicht normieren. Ob er an diesen Gütern durch die Vorschrift des § 704 Abs. II ein subjektives Recht schaffen oder sie nur den subjektiven Rechten gleichgestellt wissen wollte, ist gleichgültig, da er durch die Worte «im Sinne der vorstehenden Vorschrift» jede Anwendung dieser Bestimmung über die genannten Lebensgüter ausserhalb der Vorschrift des § 704 II schlechthin abschneidet.

Endlich normierte § 705 die Schadensersatzpflicht bei Handlungen, deren Vornahme kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubt ist, aber gegen die guten Sitten verstösst d. h. den in den guten Sitten sich ausprägenden Auffassungen und dem Anstandsgefühle aller billig und gerecht Denkenden widerspricht. Motive zu dem Entwurfe eines B.G.B., Bd. II, amtl. Ausg., 1888, S. 727.

Viel schärfer ist die Dreiteilung der Schadenersatzpflicht im zweiten Entwurfe zum Ausdruck gebracht. Er unterscheidet in § 746 genau die schuldhafte, widerrechtliche Verletzung eines fremden Rechtes und den schuldhaften Verstoss gegen ein den Schutz eines Andern bezweckendes Gesetz und fügt in § 749 noch die vorsätzliche Schadenszufügung in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise hinzu. Zum vorstehenden vgl. Reatz (Die 2. Lesung des Entw. eines B.G.B., Bd. I, 1894, S. 379/380), Motive z. d. Entw. eines B.G.B., Bd. II, 1888, S. 724—730, Jacubezky (Bemerkungen zu d. Entw. eines B.G.B., 1892, S. 159—165), Prot. der Komm. f. d. 2. Lesung des Entw. des B.G.B., 1898, Bd. II, S. 566—569.

Auch im B.G.B. §§ 823 und 826 ist diese Dreiteilung beibehalten. § 823 I verbietet die schuldhafte, widerrechtliche Verletzung eines fremden Rechtes, dem Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit gleichgestellt sind. § 823 II verbietet den schuldhaften Verstoss gegen ein den Schutz eines Andern bezweckendes Gesetz, § 826, die vorsätzliche Scha-

denszufügung in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise.

Die in § 823 I aufgezählten Lebensgüter stehen im Gegensatz zu «Eigentum oder ein sonstiges Recht eines Andern». Auf einen Gegensatz zwischen diesen Lebensgütern und dem «sonstigen Rechte» deutet schon der Wortlaut der Bestimmung hin, indem bei ihnen nicht das Recht selbst, sondern das Objekt des Rechtes, das einzelne Lebensgut, genannt ist. Die oben erwähnte ursprüngliche Fassung des ersten Entwurfes § 704 II Satz 2 zeigt noch deutlicher, dass man nicht daran dachte, die genannten Lebensgüter zu subjektiven Rechten zu stempeln. Es ist auch nicht anzunehmen, dass in den §§ 823, 826 neue subjektive Rechte geschaffen werden sollten. Es sollte vielmehr ganz allgemein bei Verletzung von nach sonstigen Vorschriften begründeten Rechten ein obligatorischer Anspruch auf Schadenersatz gewährt werden. Dieser Grund allein rechtfertigt die Stellung des Abschnittes über unerlaubte Handlungen am Ende des II. Buches des B.G.B., das vom Rechte der Schuldverhältnisse handelt. Ob nach sonstigen Vorschriften tatsächlich ein subjektives Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Gesundheit, Freiheit anerkannt ist, ist eine andere Frage.

Die Verbindung des sonstigen Rechtes mit dem Eigentum weist darauf hin, dass damit nur solche subjektive Rechte gemeint sind, die auf Sätzen des Privatrechtes beruhen, während Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit vorwiegend in Vorschriften des öffentlichen Rechtes, insbesondere des Strafgesetzbuches und seiner Nebengesetze, unter Schutz gestellt und damit als subjektive Rechte anerkannt sind. Ihrer Natur nach sind diese subjektiven Rechte die wichtigsten Arten der Persönlichkeitsrechte. Insoferne haben sie mit dem «sonstigen Rechte» wieder etwas gemeinsam, da auch unter das sonstige Recht manches Persönlichkeitsrecht fallen kann und zwar insbesondere das Namen- und Firmenrecht, als auf Vorschriften des Privatrechtes: B.G.B. und H.G.B. beruhend. Zum vorstehenden vgl. Entsch. des R.Ger. in Zivils., Bd. 51, S. 373, Engelmann (Das alte und

das neue bürg. R. Deutschl., 1899, S. 152), Dernburg (Das bürg. R. des deutsch. R. u. Preussens, die allg. Lehren I, 1902, S. 49), Dernburg (B.G.B. Schuldverh. II, 2, 1901, S. 613), Kuhlenbeck (Das B.G.B., I. Bd., 1903, zu § 823), Cosack (Lehrb. des d. bürg. R., Bd. I, 1903, S. 601/602), Schollmeyer (Das R. der einzelnen Schuldverh., 1904, S. 220), Kuhlenbeck (Von den Pandekten zum B.G.B., II. Teil, 1899, S. 357). Insbesondere Cosack (a. a. O.) will die Persönlichkeitsrechte, also auch das Firmenrecht, nicht unter das «sonstige» Recht gestellt wissen, weil er ihre Existenz bestreitet, muss aber doch zugeben, dass das Namenrecht nach § 823 I B.G.B. geschützt ist, «da es kein blosses Persönlichkeitsrecht ist». Das Namenrecht ist bei ihm ein absolutes Recht an einem unkörperlichen Gute (a. a. O., S. 78). Andererseits gewährt er unbedenklich auch dem verletzten Firmeninhaber die Schadenersatzklage aus § 823 I B.G.B. (Lehrb. des Handelsr., 1903, S. 84). Das Resultat ist also:

1. Er verwirft den Begriff des Persönlichkeitsrechtes.

2. Er erklärt, § 823 I beziehe sich nicht auf die Persönlichkeitsrechte.

3. Gleichwohl unterstellt er die so sehr bekämpften Persönlichkeitsrechte dem Schutze des § 823 I. Der scheinbare Gegner enthüllt sich somit als wohlwollender Freund unserer Ansicht.

§ 823 II B.G.B. erstreckt den Schutz des Absatz I auf die schuldhafte Schädigung eines Andern, sofern sie gegen ein den Schutz dieses Andern bezweckendes Gesetz verstösst, und zwar muss das Gesetz gerade zum Schutze des im Einzelfalle verletzten Interesses erlassen sein. Meist wird es sich hier um Sätze des öffentlichen Rechtes, insbesondere Polizeivorschriften, handeln. Vgl. Deutsche Jur. Ztg., 1898, S. 411, Oertmann (Das R. der Schuldverh., 1899, S. 558), Jacubezky (Bemerk. z. d. Entw. eines B.G.B., 1892, S. 162), Schollmeyer (Das R. der Schuldverh., 1904, S. 222), Dernburg (B.G.B. Schuldverh. II, 2, 1901, S. 614/615), Deutsche Jur. Ztg., 1903, S. 325, Cosack (Lehrb. des d. bürg. R., Bd. I, 1903, S. 604), Kuhlenbeck (von den Pandekten z. B.G.B., II. Teil, 1899, S. 359).

Die Bestimmungen über den Schutz des Firmenrechtes bezwecken nun zwar offenbar den Schutz eines Andern, nämlich den Schutz des Firmeninhabers, und teilweise auch den Schutz des Publikums. Gleichwohl sind sie nicht zu den Schutzgesetzen des § 823 II zu rechnen, da sie schon durch Absatz I miterfasst werden; denn Absatz II will nicht alle Verletzungen von Schutzgesetzen einbeziehen, sondern lediglich diejenigen, die nicht ein subjektives Recht gewähren und deshalb nicht schon in Absatz I in Betracht kommen. Für diejenigen allerdings, die die Persönlichkeitsrechte nicht dem Schutze des § 823 I unterstellen, ist § 823 II die einzige Stütze, soferne sie sich nicht auf den geringeren Schutz des § 826 B.G.B. beschränken wollen.

Wenn daher § 37 II H.G.B. bezüglich des Schadenersatzanspruches auf eine Begründung desselben nach sonstigen Vorschriften verweist, so ist hierunter zwar an erster Stelle § 823 B.G.B., aber nicht Absatz II, sondern Absatz I zu verstehen.

Voraussetzung der Anwendung des § 823 I B.G.B. ist, dass die schädigende Handlung widerrechtlich begangen wurde, d. h. der Verletzende darf zu seiner Handlung nicht berechtigt sein. Die Widerrechtlichkeit entfällt, wenn der Täter zum Gebrauche der Firma berechtigt war, ferner bei Einwilligung des Berechtigten in den Firmengebrauch oder in die Warenbezeichnung, sofern nicht trotzdem die Handlung widerrechtlich bleibt z. B. als Betrug. Andere Fälle mangelnder Widerrechtlichkeit, nämlich Notwehr § 227 B.G.B., Notstand 228, und Selbsthilfe 229/230 B.G.B., werden hier kaum anwendbar werden.

Widerrechtlichkeit ist hier im rein objektiven Sinne aufzufassen, bedeutet also nicht die subjektive Widerrechtlichkeit d. h. das schuldhafte Verhalten des Täters. Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 50, S. 66. Sonst wäre das Erfordernis des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit unnötig.

Ausser zu § 37 II H.G.B. bildet § 823 I B.G.B. auch eine Ergänzung zu § 14 W.Sch.G., wenn nämlich die dort aufgeführten Handlungen bloss in leicht fahrlässiger Weise verübt werden. In diesen Fällen versagt § 14 W.Sch.G.,

da er nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit Anwendung leidet. Dass § 823 I B.G.B. die Bestimmung des § 14 W.Sch.G. nicht überflüssig macht, wurde schon oben (4. Kapitel) gezeigt.

Ferner vervollständigt § 823 I auch den Schutz gemäss § 12 B.G.B., wenn durch den Gebrauch oder die Bestreitung des Namens ein Schaden für den Berechtigten entstanden ist und der Gebrauch oder die Bestreitung vorsätzlich oder fahrlässig erfolgte. Dass Beseitigung der Beeinträchtigung nicht dasselbe ist, wie Schadensersatz, wurde schon oben erwähnt.

Was die verbotenen Handlungen selbst anlangt, so können sie sowohl durch positives Tun als auch durch Unterlassen begangen werden. Bei gemeinschaftlicher Begehung haftet jeder Mittäter für den Schaden, ebenso der Anstifter und Gehilfe § 830 B.G.B. Neben dem Täter haftet derjenige, der ihn zu einer Verrichtung bestellt hat, in deren Ausführung der Schaden zugefügt wurde, sofern er sich nicht durch den Nachweis befreit, dass er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt bei Auswahl der Person und Ueberwachung der Verrichtung beobachtet hat § 831 B.G.B. Für die Berechnung des Schadens kommen insbesondere die §§ 249, 251, 252 B.G.B. in Betracht.

§ 826 B.G.B. behandelt die vorsätzliche Zufügung eines Schadens in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise. Er bildet eine Erweiterung des Grundgedankens der pandektenrechtlichen Actio doli, indem er ganz allgemein die Schadenszufügung durch illoyale Handlungen verbietet. Der Begriff der guten Sitten ist derselbe wie in § 138 B.G.B. Ein Verstoss gegen die guten Sitten liegt also vor, wenn die Handlung entweder unsittlich ist, oder doch den Anstand gröblich verletzt. Entscheidend für die guten Sitten sind die jeweils herrschenden Anschauungen, die der Richter der Beurteilung des Einzelfalles ungeprüft zu grunde zu legen hat, mögen sie auch zu seinen persönlichen Anschauungen im Widerspruch stehen. Cosack (Lehrb. des d. bürg. R., Bd. I, 1903, S. 176), Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 48, S. 124.

§ 826 B.G.B. setzt eine Rechtsverletzung nicht voraus und findet daher auch Anwendung in Fällen, in denen nach § 37 II H.G.B. die Untersagungsklage nicht zulässig ist. Besondere Bedeutung kommt ihm aber zu in Verbindung mit § 12 B.G.B., da er keine Widerrechtlichkeit voraussetzt, also auch bei Gebrauch des eigenen Namens anwendbar sein kann. Er findet hier jedoch nur insoweit Anwendung, als nicht bereits § 8 U.W.G. hinreichenden Schutz gewährt; denn letztere lex specialis geht der allgemeinen Bestimmung des § 826 vor, der nur eine Ergänzung des Spezialgesetzes ist. Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 48, S. 119, v. Marcus (Verhältnis des U.W.G. zum B.G.B in «das Recht», 1901, S. 425/426). § 826 B.G.B. wird daher z. B. anwendbar werden, wenn die Benutzung der Firma nicht im geschäftlichen Verkehr erfolgt ist, da hier § 8 U.W.G. versagt.

Auch die Handlung des § 826 kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen. Der Vorsatz muss sich auf die Zufügung des Schadens richten, braucht also den Verstoss gegen die guten Sitten nicht zu umfassen. Ob der Handelnde zu der schädigenden Tätigkeit berechtigt war oder nicht, ist gleichgültig. War er jedoch zur Vornahme der Handlung berechtigt, so liegt ein Verstoss gegen die guten Sitten nur dann vor, wenn die Ausübung des Rechtes im Einzelfalle unzulässig war. Diese Ausübung ist aber nur dann unzulässig, wenn sie lediglich den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen § 226. Ebenso Staudinger (Komm. z. B.G.B., 1906, II, 2. Bd., zu § 826, S. 882). Anders Oertmann (Das R. des Schuldverh., 1899, S. 562). Der Ersatzanspruch steht nur dem «Andern» zu d. h. demjenigen, gegen den sich die Handlung richtet. Wurde ausserdem noch ein Dritter geschädigt, so muss dieser seinen Ersatzanspruch aus anderen Bestimmungen zu begründen suchen z. B. aus § 823 B.G.B.

III. Abschnitt.

§ 41.

Der vertragsmässige Schutz des Firmenrechtes.

§ 37 II H.G.B. findet nur Anwendung, wenn die Unbefugtheit des Firmengebrauches sich aus den Vorschriften des dritten Abschnittes des ersten Buches des H.G.B. ergibt, versagt dagegen, wenn die Unbefugtheit auf die Zuwiderhandlung gegen die auf einem Vertragsverhältnis beruhende Verpflichtung sich gründet. Hier greifen § 276 B.G.B. ein, wonach der Schuldner bei Erfüllung der aus dem Vertrage sich ergebenden Verpflichtungen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Im gleichen Umfange hat er für ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen einzustehen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient § 278 B.G.B. Die Bestimmungen der §§ 276, 278 B.G.B. können auch im Falle des § 14 W.Sch.G. und § 12 B.G.B. ergänzende Anwendung finden.

Endlich kann sich der berechtigte Firmen- oder Namenträger in der Weise sicher stellen, dass er sich in dem mit dem Beklagten eingegangenen Vertragsverhältnis eine Strafe hat versprechen lassen für den Fall, dass der Schuldner seine Verbindlichkeit überhaupt nicht oder doch nicht in gehöriger Weise erfüllt. Dann ist die Strafe mit der Zuwiderhandlung gegen die Vertragsverpflichtung verwirkt § 339 B.G.B. Die verwirkte Strafe kann, sofern sie unverhältnismässig hoch ist, auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden § 343 B.G.B. Die Herabsetzung ist ausgeschlossen, wenn die Strafe von einem Kaufmanne im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen wurde § 348 H.G.B. Dies gilt jedoch nicht für Minderkaufleute. Diese können also ebenfalls im Falle des § 343 B.G.B. die Herabsetzung der Strafe verlangen § 341 H.G.B.

8. Kapitel.

Die übrigen Schutzvorschriften des Firmenrechtes.

§ 42.

Der Schutz des Firmenrechtes auf Grund des W.Sch.G.

Hier sind noch einige Bestimmungen des W.Sch.G. zu betrachten, die bei der Erörterung des Schutzes der Firma gegen Missbrauch zur Warenbezeichnung nicht behandelt wurden.

Die Löschungsklage aus § 9 W.Sch.G. greift Platz, wenn jemand eine fremde Firma nicht bloss tatsächlich unbefugterweise gebraucht, sondern diese Firma zugleich als Warenzeichen für sich hat eintragen lassen. Das Warenzeichen muss den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen. Wenn es also eine Firma enthält, muss diese dem eingetragenen Warenzeicheninhaber auch wirklich zustehen, da die Eintragung der Firma als Warenzeichen ja besagen soll, dass die mit dem Zeichen versehene Ware zu der als Zeichen verwendeten Firma in besonderer Beziehung stehe, indem der Träger der Firma der Hersteller oder Verbreiter der Ware ist. In unserem Falle würde daher das eingetragene Zeichen den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen und dadurch zugleich die Gefahr einer Täuschung begründen, da beim Abnehmer der Ware der Irrtum erregt wird, als rühre die Ware von dem im Warenzeichen und somit in der Firma bezeichneten Inhaber eines bestimmten Geschäftes her. Demgemäss kann der berechtigte Firmeninhaber die Löschung des seine Firma enthaltenden Warenzeichens beantragen. Dieser Antrag ist im Wege der Klage geltend zu machen und gegen den eingetragenen Inhaber bezw.

gegen seine Erben zu richten § 9 I, Ziff. 3 und III, W.Sch.G. Der Anspruch kann sowohl für sich allein als auch in Verbindung mit der Klage aus § 14 W.Sch.G. geltend gemacht werden. Aber auch wenn die Voraussetzungen des § 9 W.Sch.G. nicht zutreffen sollten, kann der berechtigte Firmeninhaber schon auf grund des § 14 W.Sch.G. die Löschung der als Warenzeichen für den Beklagten eingetragenen Firma verlangen, da § 9 keine ausschliessliche Regelung des Löschungsanspruches bieten will und daher einen in anderer Weise begründeten Löschungsanspruche nicht entgegensteht.

§ 15 W.Sch.G. schützt die in den beteiligten Verkehrskreisen tatsächlich üblichen Merkmale der Ware eines Andern. Diese Bestimmung hat für den Schutz des Firmenrechtes insoferne Bedeutung, als die Ausstattung, welche in Verkehrskreisen als Kennzeichen gleichartiger Waren eines Andern gilt, die Firma dieses Andern sein kann. Dass diese Firma für den Berechtigten als Firma oder gar als Warenzeichen eingetragen ist, wird nicht erfordert. Wie in § 14 W.Sch.G. muss auch hier der Gebrauch im Handel und Verkehr stattfinden. Dagegen legt § 15 dem Kläger eine ungleich schwerere Beweislast auf als § 14. Der Kläger muss nämlich beweisen, dass die Handlung zum Zwecke der Täuschung geschah und dass die Ausstattung innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen seiner gleichartigen Waren gilt. Daher wird sich der Firmeninhaber niemals mit der Klage aus § 15 abgeben. Diese Klage ist nämlich ausserdem gänzlich überflüssig, soweit Ausstattung und Firma identisch sind, da die Handlung des § 15 immer zugleich eine widerrechtliche Warenbezeichnung bezw. ein Inverkehrbringen widerrechtlich bezeichneter Waren in sich begreift und daher stets auch § 14 anwendbar ist, der gegen § 15 einen grossen Beweisvorteil sowie einen höheren strafrechtlichen Schutz voraus hat.

§ 43.

Der Schutz des Firmenrechtes auf Grund der Zivilprozessordnung.

Wiederholt wurden in den bisherigen Ausführungen der einstweiligen Verfügung Erwähnung getan. Sie ist ein Hilfsmittel der Zwangsvollstreckung und greift Platz, wenn diese noch nicht zulässig ist und aus irgend welchen Gründen die Besorgnis besteht, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechtes der Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte § 935 Z.P.O. Nicht nötig ist, dass ein Rechtsstreit über die Sache anhängig ist. Hat der Kläger bereits einen Titel zur Zwangsvollstreckung erlangt, so fehlt in der Regel das Bedürfnis nach der einstweiligen Verfügung. Doch kann auch nach Erwerb des Titels die Aufrechterhaltung einer schon früher erlassenen Verfügung gerechtfertigt sein. Struckmann-Koch (Komm. z. Z.P.O., VII. Aufl., zu § 935—942, S. 1052). Eine wesentliche Erschwerung der Verwirklichung des klägerischen Rechtes kann z. B. darin liegen, dass der Beklagte die mit der Firma des Klägers versehene Ware veräussert und so die Verwirklichung des in § 19 W.Sch.G. dem Kläger zugesprochenen Rechtes der Beseitigung der Firma an der Ware in Frage stellt. Die einstweilige Verfügung kann auch auf Grund des § 940 Z.P.O. verlangt werden, falls es sich nur um die Regelung eines einstweiligen Zustandes handelt. Auf diesem Wege kann der Kläger z. B. verlangen die Unterlassung des weiteren Gebrauches seiner Firma bei Vermeidung einer bestimmten Strafe für jeden einzelnen Fall der Zuwiderhandlung, die Einstellung der Veräusserung der mit der Firma bezeichneten Waren, die Unterlassung des weiteren Gebrauches der seiner Firma zum Verwechseln ähnlichen Firma des Beklagten, Unterlassung des Gebrauches der seinen Namen enthaltenden Firma. Dagegen ist die Anordnung einer Eintragung oder Löschung im Handelsregister mittels einstweiliger Verfügung unzulässig, da diesem Verfahren die Kompetenz des Registerrichters entgegensteht. Wohl aber kann auf diesem Wege

eine durch den Beklagten vorzunehmende Anmeldung zum Handelsregister angeordnet werden. Dadurch kann zugleich der Registerrichter veranlasst werden, gegen den Beklagten mit Ordnungsstrafen vorzugehen. Struckmann-Koch (Komm. z. Z.P.O. zu § 940, S. 1057).

Da es, abgesehen vom Falle des § 12 B.G.B. eine Klage zum Schutze der bestrittenen Firma nicht gibt, bleibt hier als einziges Hilfsmittel nur die Feststellungsklage gemäss § 256 Z.P.O. übrig. Das darnach festzustellende Rechtsverhältnis wird schon durch das blosse Bestreiten eines Rechtes zwischen dem Kläger und Beklagten hergestellt. Struckmann-Koch (Komm. z. Z.P.O. zu § 256, S. 288). Der berechtigte Firmeninhaber braucht nicht abzuwarten, bis der Andere sein Firmenrecht wirklich verletzt, da die durch das Bestreiten gegebene Unsicherheit die Gefahr in sich birgt, in weitere Nachteile und Verluste zu geraten. Damit ist schon ein rechtliches Interesse an alsbaldiger richterlicher Feststellung des Rechtsverhältnisses gegeben. Das Interesse ist hier insofern ein rechtliches, als das Feststellungsurteil dem Kläger die Möglichkeit gibt, den Registerrichter zum Einschreiten mit Ordnungsstrafen zu veranlassen und eventuell die Löschung der unrichtig im Handelsregister eingetragenen Firma zu erreichen, wenn sich der Eintrag als unzulässig herausstellt. In anderen Fällen als bei Bestreitung des Firmenrechtes ist die Feststellungsklage nur zulässig, wenn der Kläger an der «alsbaldigen» richterlichen Feststellung des Rechtsverhältnisses ein rechtliches Interesse hat. Dieses Interesse fehlt in der Regel, wenn er schon jetzt die Leistungsklage anstellen könnte. Die Feststellungsklage wird also hier von Bedeutung, wenn die Voraussetzungen für die Leistungsklage nicht vollständig gegeben sind.

§ 44.

Der Schutz des Firmenrechtes auf grund des Strafgesetzbuches.

In den durch die Vorschriften des Firmenrechtes verbotenen Handlungen kann zugleich der Tatbestand des

Betruges gefunden werden, wenn nämlich die Handlung begangen ist in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, und zugleich das Vermögen eines Andern durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen beschädigt ist. Im Falle des § 14 W.Sch.G. ist eine Unterscheidung zu machen zwischen dem Versehen und Feilhalten einerseits und dem Inverkehrbringen andererseits. Wer die Ware mit der fremden Firma widerrechtlich versieht oder die so bezeichnete Ware feilhält, und dann in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, die Ware einem Andern unter Täuschung über den wahren Sachverhalt verkauft und dadurch dessen Vermögen beschädigt, begeht die Handlungen des § 14 W.Sch.G. und des § 263 St.G.B. nicht in Ideal-, sondern in Realkonkurrenz. Wer dagegen die widerrechtlich bezeichneten Waren in Verkehr bringt und dadurch zugleich betrügerischer Weise den Käufer schädigt, begeht die Handlungen in Idealkonkurrenz, da sie in ein und derselben äusseren Tätigkeit in die Erscheinung treten. Jur. Wochenschrift, 1890, S. 234.

Durch den Umstand, dass gleichzeitig Betrug vorliegt, wird § 14 W.Sch.G. nicht ausgeschlossen; denn letztere Bestimmung will den berechtigten Firmeninhaber gegen Missbrauch seiner Firma schützen, die Bestimmung des § 263 St.G.B. dagegen jede Person ohne Unterschied vor einer Vermögensbeschädigung bewahren. Wenn auch beide Delikte sich gegen die nämliche Person, den Firmeninhaber, richten können, so wird doch meist der Betrug gegen eine dritte Person, nämlich gegen den ahnungslosen Abnehmer der Ware, verübt werden. Es liegt dann sowohl eine Verschiedenheit des verletzten Rechtsgutes als auch der verletzten Personen vor.

Ausser mit § 14 W.Sch.G. kann Betrug auch mit anderen firmenrechtlichen Vorschriften konkurrieren, insbesondere auch mit § 8 U.W.G., ferner mit § 12 B.G.B. und § 37 II H.G.B. Dagegen wird durch die widerrechtliche Bezeichnung der Ware mit der fremden Firma eine Urkunden-

fälschung nicht begangen. Insoferne bildet § 14 W.Sch.G. ein delictum sui generis.

Möglich ist auch, das § 187 St.G.B. zur Anwendung kommt, wenn in der widerrechtlichen Bezeichnung der Ware mit der fremden Firma und dem Inverkehrbringen dieser Waren zugleich die Behauptung oder Verbreitung einer unwahren Tatsache liegt, welche den Kredit des Firmenberechtigten zu gefährden geeignet ist. Bei blosser Erschwerung des Wettbewerbes dagegen ist § 187 St.G.B. nicht anwendbar. Hier haben wir den einzigen Fall, in dem eine besondere Geschäftsehre der Firma anerkannt und gegen Beleidigungen geschützt ist. Die Bestimmung kann auch Bedeutung gewinnen, ohne dass eine der firmenrechtlichen Schutzvorschriften zutrifft. Insoferne kann sie zur Ausfüllung einer Lücke im Gesetze geeignet sein. Ihre zivilrechtliche Ergänzung findet sie in § 824 B.G.B., der dem in seinem Kredit Gefährdeten einen Anspruch auf Schadensersatz gewährt.

Neben dem durch Ordnungsstrafen sich geltend machenden Einschreiten des Registerrichters gemäss § 37 I H.G.B. kann § 360, Ziff. 8, St.G.B. eine Verschärfung des Firmenschutzes bedeuten, wenn der Gebrauch der Firma einem zuständigen Beamten, insbesondere dem Registerrichter gegenüber geschieht. Dass die Firma ein Name ist, hat § 17 H.G.B. ausdrücklich anerkannt. Hieher gehört insbesondere die Anmeldung einer nicht zustehenden Firma zum Handelsregister, da hierin schon ein Gebrauch der Firma zu erblicken ist. Entsch. des R.-Ger. in Zivils., Bd. 22, S. 58. Der Grundsatz «ne bis in idem» steht der Anwendung des § 360, Ziff. 8, St.G.B., nicht entgegen, da § 37 I H.G.B. nicht eine Strafnorm bildet, die gegen die Verletzung eines Strafgesetzes gerichtet ist, sondern lediglich ein Zwangsmittel zur Unterlassung unbefugten Firmengebrauches enthält.

§ 45.

Der Schutz des Firmenrechtes auf grund der Reichsgewerbeordnung.

Die letzte Ergänzung der firmenrechtlichen Vorschriften bildet § 15 a R.-Gew.-O. vom 26. VII. 1900. Darnach müssen

Gewerbetreibende, die einen offenen Laden haben oder Gast- oder Schankwirtschaft betreiben, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Aussenseite oder am Eingange des Ladens oder der Wirtschaft in deutlich lesbarer Schrift anbringen. Kaufleute, die eine Handelsfirma führen, haben zugleich die Firma in der bezeichneten Weise am Laden oder der Wirtschaft anzubringen. Die Anbringung des Namens ist entbehrlich, wenn die Firma den Familiennamen mit einem ausgeschriebenen Vornamen enthält. Die in dieser Bestimmung ausgesprochene Verpflichtung ist auch dem Minderkaufmanne auferlegt, der sein Geschäft unter seinem bürgerlichen Namen betreiben muss. Die Vorschrift hat auch Bedeutung als Ergänzung des § 8 U.W.G., indem leichter beurteilt werden kann, ob der Gebrauch der Firma geeignet ist, Verwechselungen mit der Firma eines Andern hervorzurufen. Durch die Anordnung des § 15a R.-Gew.-O. soll jedermann gegenüber kenntlich gemacht werden, wer Inhaber der Firma sein soll, und damit zum Schutze des Verkehres vor Täuschungen beigetragen werden. Die Zuwiderhandlung wird gestraft mit Geldstrafe bis 150 Mk. und im Unvermögensfalle mit Haft bis zu vier Wochen. § 148, Ziff. 14, R.-Gew.-O.